

TANULMÁNYOK

DR. MOLNÁR IMRE

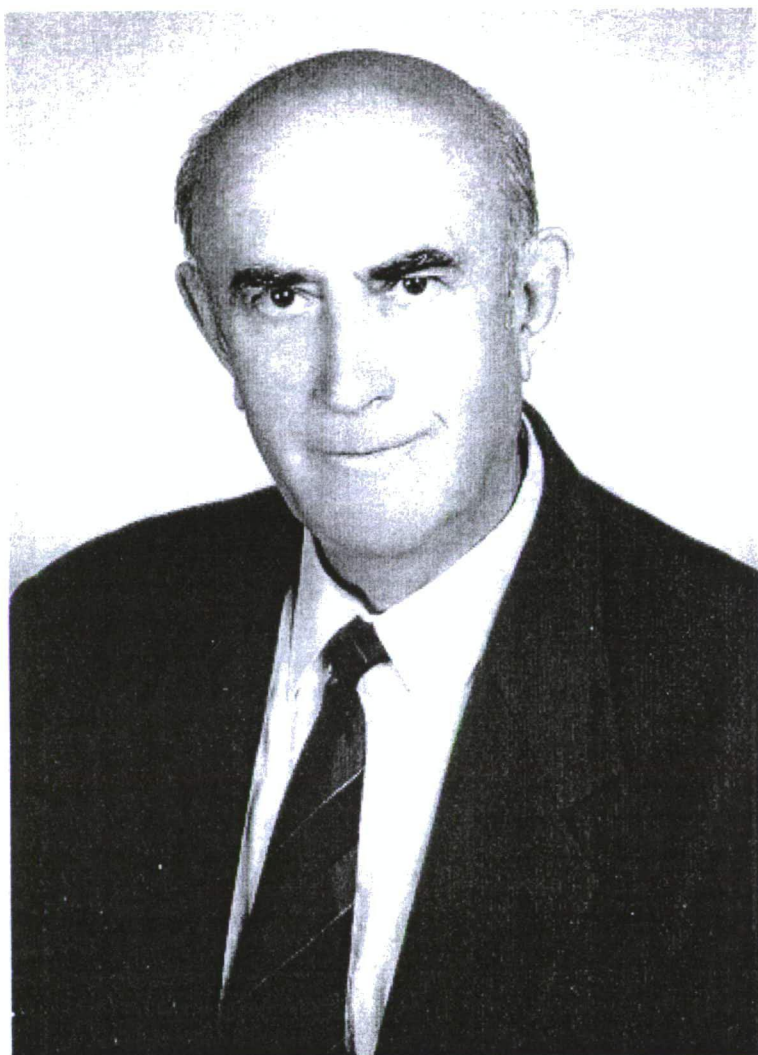
EGYETEMI TANÁR

70. SZÜLETÉSNAPJÁRA

**Szeged
2004**



MOLNÁR IMRE EMLÉKKÖNYV

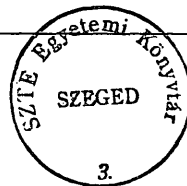


2005 MARC 22.

ACTA UNIVERSITATIS SZEGEDIENSIS

ACTA JURIDICA ET POLITICA

Tomus LXV.
Fasciculus 1–44.



TANULMÁNYOK

DR. MOLNÁR IMRE

EGYETEMI TANÁR

70. SZÜLETÉSNAPJÁRA

Jakab Éva gondozásában

SZEGED
2004

Edit

Comissio Scientiae Studiorum Facultatis Scientiarum Politicarum et
Juridicarum Universitatis Szegediensis

LÁSZLÓ BLUTMAN, LÁSZLÓ BODNÁR, JÓZSEF HAJDÚ, ÉVA JAKAB,
JENŐ KALTENBACH, TAMÁS KATONA, JÁNOS MARTONYI, FERENC
NAGY, PÉTER PACZOLAY, BÉLA POKOL, JÓZSEF RUSZOLY,
IMRE SZABÓ, LAJOS TÓTH, LÁSZLÓ TRÓCSÁNYI

Redigit
KÁROLY TÓTH

Nota
Acta Jur. et Pol. Szeged

Kiadja

a Szegedi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Karának
tudományos bizottsága

BLUTMAN LÁSZLÓ, BODNÁR LÁSZLÓ, HAJDÚ JÓZSEF, JAKAB ÉVA,
KALTENBACH JENŐ, KATONA TAMÁS, MARTONYI JÁNOS, NAGY
FERENC, PACZOLAY PÉTER, POKOL BÉLA, RUSZOLY JÓZSEF,
SZABÓ IMRE, TÓTH LAJOS, TRÓCSÁNYI LÁSZLÓ

Szerkeszti
TÓTH KÁROLY

Kiadványunk rövidítése
Acta Jur. et Pol. Szeged

ISSN 0324–6523 Acta Univ.
ISSN 0563–0606 Acta Jur.

ELŐSZÓ

A Szegedi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Karának nemes hagyománya, hogy kiemelkedő professzorai előtt a 70. életévük elérésének alkalmával jubileumi kötettel tiszteleg. A kötet, amit az olvasó a kezében tart, azt jelzi, hogy szeretve tisztelt tanárunk, kiváló tudományos, oktatói és vezetői munkájáról híres kollégánk, pályatársunk, a Kar életét négy éven át formáló dékánunk, Molnár Imre is elérte ezt az életkort.

A jubiláns 1934. szeptember 22-én született Tataházáán, a Bács-Bodrog megyei kis településen. Gimnáziumi évei már a közeli Bajára kormányozták, a cisztercita rend „III. Béla” Gimnáziumában kezdte el az ismerkedést a humán tudományokkal, amit a szegedi Baross Gábor Gimnáziumban, majd annak megszűnése után a Radnóti Miklós Gimnáziumban folytatott. A tanterv többek között a latin nyelv nyolc éven át tartó, elmélyült stúdiumát írta elő. Nagy műveltségű, tudós tanára, Visy József már ifjú éveiben beléoltotta az ókori kultúra iránti érdeklődést és tiszteletet. Az itt szerzett tudás és az ókor klasszikus eszméihez való ragaszkodás vezette már 1957-ben, a szegedi egyetem Állam- és Jogtudományi Karán megkezdett tanulmányai első évében, a Pólay Elemér professzor által vezetett római jogi diákkörbe.

De térjünk vissza az *alma mater*hez, a szegedi Állam- és Jogtudományi Karhoz. Molnár Imre több kiváló tanáregyéniség, kiemelkedő tudományos eredményeket elért professzor tanítványa lehetett. Hallgatta többek között Kemenes Béla, Kovács István, Tokaji Géza előadásait. De a legerősebb kötődés a Pólay Elemér által oktatott római joghoz fűzte. A tanulmányok kezdetén ébredt szenvedély meghatározó lett egész életére. A római jog iránti elkötelezettség nem volt véletlen és szubjektív benyomásokból is táplálkozott. Pólay Elemér nemcsak európai színvonalú és nemzetközileg elismert tudományos eredményeket felmutató, igazi „békebeli” professzor volt, hanem lebilincselő, hallgatóságát magával ragadó előadó is. Tanítványai közül számos kiváló elméleti és gyakorlati jogász került ki, Molnár Imre mellett például Kemenes Béla és Könczöl László.

Molnár Imre 1960-ban szerzett diplomát és először a „gyakorlatban”, egy nagyvállalat jogtanácsosaként helyezkedett el. Nyolc év telt el szorgalmas munkával, családalapítással. Ez a nyolc esztendő sem tekinthető azonban elvesztegetett időnek a későbbi egyetemi karrier szempontjából. A mindennapos jogélet ismerete, a szerződések, perek, perlekedő felek problémáival való szembesülés segítette az egészséges jogérzék kialakulását, amelynek a klasszikus

római jogtudomány kazuisztikus responsumainak exegézise során mindig jó hasznát vette.

1968-tól előbb 1971-ig félállásban egyetemi tanársegéd; majd 1971-től egyetemi adjunktus. Kellemes szorongással tér vissza az iskolapadhoz, szorgalmasan látogatja és jegyzeteli Pólay professzor úr római jogi előadásait, hallgatja naphosszat szigorlatait. Hálás tanítványként nyer újra felvételt, most már a „tudományos iskolába”. A „mester” türelemmel, lépésről lépésre vezette be a tanítványt a római jog kutatásának rejtelseibe. Személyes példamutatása, élete, munkássága, a bensőséges beszélgetésekben megnyilvánuló szakmai tudása, életismerete és értékítélete formálták a fiatal munkatárs szellemét. Az atyai jóindulatot és segítőkészséget hálásan fogadta a kezdő és a már érett tudós is. Még nagydoktori disszertációja elkészítése során is nap mint nap megvitatták a problematikus forrásokat, eszmét cseréltek az egyes tudományos nézetek helytállóságáról. Ezt a szoros munkakapcsolatot és barátságot, ennek máig meghatározó szerepét tükrözi, hogy Molnár Imre ma is Pólay Elemér szellemében tartja előadásait és kéri számon következetesen a vizsgákon a joghallgatók újabb és újabb nemzedékeitől a római jog alapjait.

Nagy lendülettel veti magát a kutató munkába is; már 1977-ben elkészül a kandidátusi disszertáció a *locatio conductio* témaköréből. A munka nagyrészt idegen nyelven, több kisebb tanulmányban került publikálásra. A nemzetközi tudományos visszhang igen kedvező volt, különösen az ANRW tekintélyes kötetében megjelent „Verantwortung und Gefahrtragung bei der locatio conductio zur Zeit des Prinzipats” (Berlin 1982) című átfogó tanulmány nyomán.

Tíz év múlva, 1987-ben Molnár Imre az állam- és jogtudomány doktora lesz (akadémiai doktor) „A római magánjog felelősségi rendszere” című tanulmányával. 1988-ban nevezik ki egyetemi tanárrá. Az akadémiai doktori disszertáció könyv alakjában is publikálásra került, először magyar (1993), majd német nyelven (1998).

1985-től tanszékvezető 1998-ig. A szépen ívelő tudományos pályát szorgalmas hazai kutató munka és számos külföldi tapasztalat- és adatgyűjtés érlelte. 1977/78-ban a müncheni Leopold Wenger Institut ösztöndíjasa. 1984-ben Rómában, a La Sapienza egyetemen tölt három értékes hónapot. 1991-ben és 1992-ben a kölni egyetemen, Andreas Wacke professzornál kutat egy-egy szemeszter erejéig. A TEMPUS-projekt segítette az egyik kölni ösztöndíjhoz; később rövidebb athéni és padovai tanulmányúthoz. 1997-ben a CEEPUS-program keretében Grazban tölt egy hónapot. A nemzetközi kapcsolatok ápolása, a legújabb tudományos áramlatokról való rendszeres informálódás érdekében látogatja a SIHDA kongresszusait és a Deutscher Rechtshistorikertag két évente megrendezett találkozóit. A tudományos pályafutás egyik csúcspontját képezte az 1990-ben Nijmegenben, Hollandiában megrendezett Rechtshistorikertag főelőadása „A diligens pater familias felelőssége” címmel.

A kétoldalú kapcsolatok keretében előadásra hívták München, Salzburg, Köln, Graz és Pozsony katedráira.

Gazdag tudományszervező, tudománypolitikai tevékenységéből az SZTE ÁJTK Doktori Iskolájának elnöki posztját és az ebből adódó fáradtságos, úttörő munkát kell elsősorban kiemelni. A doktori iskola megalapítása, a PhD-program beindítása óta küzd a szegedi kar országos elismeréséért, a tudományos utánpótlás igényes neveléséért. A JATE habilitációs bizottságának tagjaként évek óta harcolt a kari érdekekért az egyetemen belül.

A professzori pálya egyik csúcspontja a dékáni megbízatás: 1994-ben kerül a szegedi Jogi Kar élére és újraválasztva, 1998-ig vállalja e funkciót. Bátran reformálva, nagyvonalúan vezeti a Kart, hivatali idejét a kollégák máig áldásos időszakként emlegetik. 12 éven keresztül tagja volt a JATE illetve SZTE egyetemi tanácsának.

1996-tól 2002-ig az MTA szegedi Jogi Bizottságának elnöke. Országos szinten is számos bizottságban tevékenykedett; elsősorban a Magyar Akkreditációs Bizottság jogi bizottságában végzett öt éves munkát kell kiemelni.

Munkáját, a tudományos és oktatói pályán elért eredményeit többször díjazták kitüntetéssel: kétszer kiváló dolgozó, egyszer a felsőoktatás kiváló dolgozója, majd az Apáczai Csere János díjat veheti át. 2003-ban a Magyar Köztársasági Érdemrend Tisztikeresztje kitüntetést adományozták számára.

Kutatási területe az ókori római magánjog szerződési rendszere, ezen belül a *locatio conductio* problémaköre. A *locatio conductio* az ókori római jogban óhat életviszonyt komplexen szabályozó gyűjtőszereződés volt. A *locatio conductio* részletes elemzése során merült fel a következő nagy téma, a római magánjog felelősségi rendjének megírása. Az utóbbi években pedig a római büntetőjog témaköre köti le a jubilánst.

A tanulmányok hosszú sorából hármat feltétlenül ki kell emelni; ezek külföldön jelentek meg, és jelentős nemzetközi visszhangot váltottak ki. A „Verantwortung und Gefahrtragung bei der locatio conductio zur Zeit des Prinzipats” az ANRW II, 14 kötetének tanulmánya, de terjedelme alapján (közel száz oldalas) monográfiának számít. Témája a *locatio conductio* különböző szerződési modelljeinek felelősségi rendje és a veszélyviseléssel kapcsolatos szabályok. A kérdéskör ma is sokat vitatott, a források ellentmondó megoldásai és az interpolációs kritika miatt aligha zárható le véglegesen. Molnár Imre igyekszik a források ellentmondásait tisztázni. Időrendi sorrendben, lépésről lépésre haladva dolgozza ki a klasszikus római jog koncepcióját, és mindig ügyel arra, hogy minden állítását forrásszerű döntésekkel alá tudja támasztani. Teljes egészében áttekinti a szekundér irodalmat és kritikával illeti a korábbi, téves felfogásokat.

Másik igen fontos munkája a Iura-ban (Olaszország) 1984-ben megjelent „Die Ausgestaltung des Begriffes der vis maior im römischen Recht” c. tanulmány. Ebben kimutatja, hogy a *vis maior* fogalma már a preklasszikus kor vé-

gén megjelenik, majd a klasszikus római jogászok elméletileg tökéletesen kidolgozzák jelentésárnyalatait, elsősorban a végtelennek tűnő kazuisztikájuk keretein belül. Ezzel szemben a hagyományos nézet azt vallotta, hogy a *vis maior* fogalmának kimunkálása csupán a posztklasszikus kor terméke. Eredményei nemzetközi jelentőségét mutatja, hogy pl. a Honsell/Mayer-Maly/Selb szerzők által átdolgozott Kunkel-féle kézikönyv a témára vonatkozó, 1950 óta megjelent cikkek közül csak Molnár Imre cikkére hivatkozik.

A legtöbb nemzetközi visszhangot mégis a „Der Haftungsmaßstab des pater familias diligens im römischen Recht” című tanulmány váltotta ki, amely 1992-ben jelent meg Hollandiában. A témából a jubiláns több külföldi egyetemen tartott előadást, ami hozzájárult ahhoz, hogy a szakemberek körében álláspontja közismertté vált. A személyes előadás alkalmat adott a nézetek ütköztetésére, a vitára, például Münchenben. A Deutscher Rechtshistorikertagon a római jogászok nagy fóruma előtt egyöntetű helyeslés fogadta a fő tézist. Ennek lényege, hogy a diligens pater familias mint felelősségi fogalom (illetve mérték) tulajdonképpen már a klasszikus korban kialakult Rómában. Ezzel szemben a tradicionális álláspont amellezt érvel, hogy az csak a görög filozófia illetve a keresztény etika hatásaként a posztklasszikus korban jelentkezik. Molnár Imre tehát forrásadatokkal meggyőzően bizonyította ennek az ellenkezőjét: Következtetéseit az egész felelősségi rendszerrel összevetve hozta meg. Lényeges érve, hogy a népek eszményképeiket nem idegen népektől veszik át, hanem azt saját maguk teremtik meg. A családi életben oly fontos szerepet játszó pater familias fogalmát a jog területére is a római családi életből vitték be, mint legfontosabb felelősségi mércét. Munkáira szakkönyvekben és cikkekben több mint 400 hivatkozás történt, nagyoobbrészt külföldön.

A fent csokorba szedett tudományos és közéleti érdemek mögött azonban – a személyügyi nyilvántartás adatai szerint cáfolhatatlan 70 év ellenére – valamennyiünk legnagyobb öröme az a tény áll, hogy Molnár professzor úr – vélelmezhetően sportos múltjából is adódóan őrzi ragyogó szellemi és fizikai kondícióját, fiatalos temperamentumát, sármos viselkedését, melyeknek nap mint nap szemtanúi lehetünk egy-egy társaságbeli jelenléte, elmondott színes története alkalmával. Reméljük, még sok-sok éven keresztül nem fogy lendülete, melyhez a Kar valamennyi dolgozója nevében erőt, egészséget kívánok.

Szegeden, 2004 szeptemberében

DR. SZABÓ IMRE

a Szegedi Tudományegyetem
Állam- és Jogtudományi Karának
dékánja

I. rész

TANULMÁNYOK

A RÓMAI JOG ÉS AZ ÓKORTÖRTÉNET

KÖRÉBŐL

A büntető igazságszolgáltatás sajátosságai a germán népek korai szokásjogában

Bevezetés

Minden valószínűség szerint az első dolog, amely sokaknak eszébe jut – a rómaiak és az utókor által barbárnak tekintett – germán népek büntető igazságszolgáltatásáról, az az ököljog, az erősebb joga, mint a „legtermészetesebb” jogi eljárás. Életükben az elsőszámú alapelv az volt, hogy *szabadon élni és meghalni*. Ennek rendelték alá minden tevékenységüket, minden szokásuk ezen germán szabadság védelmezését tűzte céljául, közszervezeti rendjük a lehető legnagyobb szabadságot biztosította a közösség tagjainak. Természetesen a szabad germánok „fene nagy” szabadsága is korlátokba ütközött olykor.

A germánok minden gonosztettet és vétket a *békeszegés*, *békebontás* fogalma alá vettek, ellentétben a kisebb jogsértésekkel, amelyek „pusztán” magánjogi igényeket alapoztak meg. A békeszegések között azonban megkülönböztették a súlyosabb békeszegést, (*scelera* vagy *flagitia*) és a kisebb békebontást (*leviora delicta*).¹ A súlyosabb békeszegést elkövetők közösségi büntetést (*supplicium* vagy *wizi*)² érdemltek, az istenek, a nép ellenségei lettek, akiket kiközösítettek és akiket bárki megölhetett. A kisebb békeszegések szinte magánügynek számítottak, a „közhatalom” csak akkor foglalkozott a cselekménnyel, ha a sértett vagy annak nemzetsége a panaszt bíróság elé vitte.³

Súlyosabb békeszegés és következménye: a békevesztettség

A germánoknak nem voltak olyan pontos kifejezéseik a bűncselekményekre, mint ahogyan az a modern büntetőjogban tapasztalható.⁴ *Firinanak* vagy *firinwerknek*⁵ nevezték azokat a hallatlan és iszonyatos cselekményeket, ame-

¹ SCHRÖDER, R.: *Lehrbuch der Deutschen Rechtsgeschichte*. Leipzig 1907. 75. p.

² Uo.

³ Uo.

⁴ EISENHARDT, U.: *Deutsche Rechtsgeschichte*. München, 1999. 76. p.

⁵ SCHRÖDER: i. m. 75. p.

lyek megvalósították a súlyos békeszegést. Ide sorolták egyrészt az isteneket sértő cselekményeket, tehát népgyűlés, a hadsereg, a szent helyek vagy a ház békéjének megsértését, ünnepi alkalmak nyugalmanak megzavarását, sírrablást, másrészt pedig a közösségre veszélyes cselekményeket: a hazaárulást, lázadást, gyújtogatást, a testi sérelmet okozó bűbájosságot, végül azon erkölcsi szempontból elítélendő cselekményeket, mint a békeígéret megszegése, természet elleni fajtalanság, továbbá a hadseregből való szökést és az emberölés befejezett alakzatát, valamint a nagy értékre elkövetett tolvajlást. (Megjegyzendő, hogy a rablás a kisebb békebontások közé tartozott, de minősített esetben számított, ha azt éjjel, vagy országúton követték el.⁶) A magzatelhajtás is súlyos bűn volt, erről így ír Tacitus: „A gyermekek számának határt szabni vagy az utánszülettek valamelyikét megölni, bűnnek tartatik, és többet érnek ott a jó erkölcsök, mint másutt a jó törvények.”⁷

Mindkét típusú békeszegés jogi következménye a *fehde* volt; a békebontó ellenség, vagyis *faidosus* lett.⁸ Amíg a kisebb békeszegés elkövetője a sértett és nemzetségének ellensége lett, addig a súlyosabb cselekményt elkövető az istenek, a király és az egész nép, ellenségévé vált, békevesztett lett.

A germán népek *farkasnak* (*warc, warg*⁹) nevezték a békevesztett bűnelkövetőket. A jogi nyelv ezzel azt kívánta kifejezésre juttatni, hogy a békevesztett olyan szabad volt ugyan, mit a farkas, de ellensége volt mindenkinek, bárki megölhette és meg is kellett ölnie. A száli népjog *wargusnak* nevezte a békevesztetteket, az angolszászok pedig *vearnak* hívták az akasztásra ítélt bűnelkövetőket.¹⁰ Hoke szerint nem csak a farkashoz, hanem a madarakhoz is hasonlították a germánok a békevesztett személyeket, akik szabadon (*vogelfrei*), madárként élhettek, de életük folyamatosan veszélyben volt.¹¹

A súlyos békeszegést elkövető azonban „szerencsésnek” mondhatta magát, ha számkivetettként, farkasként bujdoshatott. Az esetek nagy részében ugyanis áldozati halál várt rá. Az, aki az igazságszolgáltatás kezére jutott, annak életét az isteneknek ajánlották fel, istenítélettel döntöttek sorsáról. Az istenítélet kiemeltele jelezte azt az eljárást lefolytató papoknak, hogy az istenek elfogadják-e az áldozatot. Ha az istenek visszautasították az áldozatot, akkor az adott nép azon papja, aki az istenítéletet végrehajtotta, az adott isten templomában szolgává tette a békevesztettet, vagy eladták szolgának, esetleg kiközösítettként bujdosni engedték. A korai germán szokásjog az istenítélet nemei közül a sorso-
lást, tűzpróbát, a forró és hideg víz próbáját alkalmazta előszeretettel.¹²

⁶ CONRAD, H.: *Deutsche Rechtsgeschichte*. I. kötet: Frühzeit und Mittelalter, Karlsruhe 1962. 447. p.

⁷ TACITUS: *Germania* c. 19. In: Csiky K.: *Tacitus fönmaradt összes művei*. I. kötet, Évkönyvek, Budapest 1903. 275. p.

⁸ SCHRÖDER: i. m. 76. p.

⁹ Uo.

¹⁰ BRUNNER, H.: *Deutsche Rechtsgeschichte*. I. kötet, Leipzig 1906. 234. p.

¹¹ HOKE, R.: *Österreichische und Deutsche Rechtsgeschichte*. Wien, 1996. 25. p.

¹² WENZEL G.: *Az egyetemes jogtörténetnek rövid vázlatja*. Budapest 1877. 91. p.

A germán istenítéletek jogi természete meglehetősen vitatott a szakirodalomban. Brunner szerint az istenítéletek egyet jelentettek a békeszegés büntetésének kiszabásával,¹³ míg Schröder úgy gondolja, hogy az istenítélet alkalmazása csak a büntetés végrehajtására vonatkozott, így magát az istenítéletet – annak szerencsés kimenetele esetén – a kegyelmezés legrégebbi formájaként értékeli.¹⁴ Számos korabeli forrás is ez utóbbi véleményt támasztja alá, ugyanis maga a germán büntetési rendszer a súlyosabb békeszegése esetre nézve számos különböző szakrális jellegű halálnemet tartalmaz, melyeket bírósági ítéletben szabtak ki az elkövetőre. A halálbüntetések formáit a békeszegés módjához és az elkövető személyéhez képest határozták meg. Ennek megfelelően a különböző germán népeknél talált halálnemekből az alábbi rövid katalógus állítható össze, a teljesség igénye nélkül:¹⁵ a szászoknál a kémkedőket és bűbájosokat máglyára küldték, a hazaárulók és tolvaj férfiakat felakasztották vagy megkövezték, a frizeknél a templomot gyalázókat vízbe fojtották. Náluk illetve északon az emberölést azzal büntették, hogy eltörték az illető gerincét, méghozzá az áldozati kövön, vagy az áldozati mocsárba fojtották. Szintén északon volt szokás a gyilkosokat Odinnak, az akasztottak istenének feláldozni kötél általi halállal. A természet elleni fajtalanság elkövetőjét élve eltemették, vagy úgy süllyesztették el egy mocsárban, hogy testét karóba húzták vagy karóhoz rögzítették.¹⁶

Tacitus is azt írja, hogy „a büntetések a vétséghez képest különböznek.” Az árulókat és szökevényeket fára akasztják; a gyávákat, harcból hátrálókat és a fajtalankodókat sárba vagy mocsárba fojtják, úgy hogy fonott kosarat nyomnak rájuk.¹⁷

Brunner szerint az északi germánoknál volt az jellemző, hogy a halálos ítélet, amely a békevesztetté nyilvánítást tartalmazta, csak egy bizonyos idő elteltével lépett hatályba. Ez azt jelentette, hogy az elkövető egerutat nyert, és csak azután kezdődött el az üldözése, amikor befejeződött azon bíróság ülése, amely kimondta az elmarasztaló ítéletet. Nyilvánvalóan ezt az magyarázta, hogy nem kívánták indokolatlanul kiszolgáltatott helyzetbe hozni azt az elkövetőt, aki szabad akaratából állt a bíróság elé.¹⁸ Természetesen ez a kedvezmény nem vonatkozott azokra az elkövetőkre, akik távol maradtak a bírósági tárgyalástól, az ő kézre kerítésükre jutalmat tűztek ki. A tetten ért békebontók esetében, illetve amikor az „elszaladásra” hagyott határidő eltelt, a békevesztettséget tartalmazó ítélet oly módon fordult át halálbüntetésbe, hogy a közösség formálisan is felhatalmazást nyert a békebontó üldözésére, megsebesítésére és megölésére.

Ha a súlyos békeszegés elkövetője nem került kézre, akkor halálos ítélet helyett egy általános, a közösség egészére irányuló parancsot bocsátott ki a bíróság, melyben kinyilvánította az elkövető békevesztését, kitaszították a béke- és

¹³ BRUNNER: i. m. 245. p.

¹⁴ SCHRÖDER: i. m. 77. p.

¹⁵ SCHRÖDER: i. m. 78. p. és BRUNNER: i. m. 246. p.

¹⁶ SCHRÖDER: i. m. 78. p.

¹⁷ TACITUS: i. m. 272. p.

¹⁸ BRUNNER: i. m. 243. p.

jogközösségből, jogalanyiságát elvesztette.¹⁹ A germánok úgy mondták: *echtlos*, *rehtelos*, azaz törvényen kívüli, *exlex* lett.²⁰ Tulajdonképpen ez is egy olyan felhatalmazás volt, mely szerint a személyes jogvédelmét elvesztett elkövetőt bárki szabadon megsebesíthette és megölhette, ha ez nyilvánosan történt, de erről a közösségnek csakhamar tudomást kellett szereznie. Az elkövetőnek tehát egyetlen menedéke a vadon volt, de senki sem vehette a védelmébe, nem segíthetett neki, nem vihette a házába és tilos volt ételt adni neki. Aki ezt megtette, büntetés várt rá, végső esetben őt is kiközösítették.

Nemcsak a békebontó személye, hanem vagyona is békevesztetté vált, felesége özvegygé, gyermekei árvákká lettek.²¹ Vagyonának egy részét elpusztították (a szászoknál, frízeknél, frankoknál és az északi germánoknál szokásosan felégették a házát), mintegy azt is feláldozva, másik részét bevonták vagy átadták a sértettnek, illetve nemzetségének kártérítésként. Még ha sikeres bujdosásának köszönhetően életben is maradt az elkövető, további vagyonszerzésre nem volt lehetősége. Nem csak vagyonjogait veszítette el, hanem perképességét is.²²

Kisebb békebontás és következménye: a viszály (fehde)

Minden kisebb súlyú békeszegés (*leviora delicta*²³) kiváltotta a sértett és nemzetségének gyűlöletét, viszálykodását, de ez anélkül zajlott, hogy az elkövető és a sértett nemzetsége közötti békét felmondták volna. A gonosztevő cselekménye elkövetésével azonnal *forfactussá*, azaz elítéltté vált. Azon kisebb sérelmek esetén, amikor a sértettnek vére sem csordult, és becsülete sem csorbult, nem lehetett szó békeszegésről.

A kisebb békebontás következtében fellépő békevesztettség inkább magánjellegű volt, – a súlyos békeszegést követő abszolút jellegű kiközösítéssel szemben – itt egy *relatív békebontásról* beszélhetünk: az elkövető illetve nemzetsége és a sértett illetve nemzetsége között. Az elkövetőt *faidosusnak* is nevezték,²⁴ aki sem vagyonát, sem családi kapcsolatait nem veszítette el. Senki sem volt akadályozva abban, hogy őt üldözőivel szemben segítse, sőt rokonai kötelesek voltak érdekében fellépni, hiszen a cselekmény elkövetésével a *fehde*, a viszály részesei lettek. Egy rokon sem volt jogosult azonban arra, hogy „saját szakállára” az ellenséggel békét kössön.²⁵ A *fehde* vagy *faida* (esetleg *faihihō*²⁶) nem az ellenséges felek üldözését és megbüntetését jelentette, hanem a két

¹⁹ HOKE: i. m. 25. p.

²⁰ SCHRÖDER: i. m. 78. p.

²¹ HOKE: i. m. 25. p.

²² SCHRÖDER: i. m. 79. p.

²³ Uo. 75. p.

²⁴ BRUNNER: i. m. 159. p.

²⁵ SCHRÖDER: i. m. 80. p.

²⁶ KÖBLER, G.: *Deutsche Rechtsgeschichte, Ein systematischer Grundriß*. München, 1996. 70. p.

nemzettség között beálló ellenséges viszonyt, viszálykodást (*inimicitia*).²⁷ Ennek következtében a megsértett nemzetiségnek megengedetté vált az önsegély és a bosszú a sértő féllel és nemzetiségével szemben. Minden olyan cselekmény, amely ezen jogos önsegély illetve bosszú során történt, nem volt büntethető, hiszen maga a *fehde* a jogrend által megengedett²⁸ viszálykodás volt.²⁹ Aki tehát ilyen bosszú során elvette valakinek az életét, az ellenség házára erőszakkal rátört, felgyújtotta vagy ellenségét megverte, tette büntetlenül maradt, ha mindez az ellenségeskedés célját szolgálta.

A sértett nemzetsége azonban úgy is dönthetett, hogy visszautasítja a bosszú lehetőségét és inkább bíróság segítségével vesz elégtételt a tettesen, azzal, hogy tőle békepénz (*Friedensgeld*, *fredus*³⁰) megfizetését kéri, vagy peren kívül köt békét a sértő féllel és nemzetiségével. Ilyenkor a *békeszerződés* (*Sühne*³¹) nemcsak a békepénzt kifizetéséből állt, hanem békét is ígértek egymásnak a felek. Ez esetben a két nemzetiség nem volt az adott nép szokásjoga szerinti tarifákhoz kötve, a békepénz összege szabad megállapodás tárgya volt. Csak abban az esetben nem egyezkedhettek, ha a sértett fél bírósághoz fordult, ekkor ugyanis az ítéletben foglalt békepénzt kellett az elkövetőnek megfizetnie. Az egyes cselekmények súlyossága mellett a tarifák (*Manngeld*³² vagy *Bußkataloge*³³) nagyságát a sértett társadalmi állása, életkora és neme is befolyásolta. Szolgákban és dolgokban okozott kár esetén természetesen az elégtétel összege ezek értékéhez igazodott.³⁴

A korabeli nyelvhasználat a békepénzek között különbséget tett a halált okozó cselekményekért fizetendő *Wergelt*, azaz vérdíj és a *Buße*, *puoz*, *puoza*³⁵ vagy *compositio*,³⁶ azaz a pénzbüntetés között, melyet egyéb sérelmek esetén kellett fizetni. A békepénz egy részét a vádló, másik részét az eljáró bíróság kapta meg. A vérdíj kétharmadát magának a tettesnek kellett előadnia, ezt az áldozat legközelebbi rokonai kapták meg. A vérdíj maradék részét a tettes nemzetsége fizette ki az áldozat többi rokonának. Mivel csak a nemzetiség férfi tagjai voltak vérbosszúra jogosítottak, csak ők részesültek az elégtétel összegéből.³⁷ A békepénzt (*multa*) nem fémpénzben, hanem marhában vagy tehénben határozták meg. Erre utal Tacitus is: „Az atyának s a rokonoknak szintúgy ellenséges, mint baráti viszonyait mindenki tartozik magára vállalni; de az ellenséges viszony sem

²⁷ *Edictum Rothari* 74.: „faida quod est inimicitia”

²⁸ Köbler szerint e „megengedettség” miatt indult a fenti esetekben csak ritkán hivatalos büntetőeljárás. KÖBLER: i. m. 70. p.

²⁹ BRUNNER: i. m. 222. p.

³⁰ HOKE: i. m. 25. p.

³¹ EISENHARDT: i. m. 78. p.

³² HOKE: i. m. 24. p.

³³ EISENHARDT: i. m. 78. p.

³⁴ SCHRÖDER: i. m. 81. p.

³⁵ Uo. 82. p.

³⁶ HOKE: i. m. 24. p.

³⁷ SCHRÖDER: i. m. 82. p.

marad engesztelhetlen, mert az emberölés is megváltható bizonyos számú barmmal s marhával, s az egész család részt kap az elégtételből.”³⁸

Szándékos és véletlen cselekmények

Annak ellenére, hogy a germánokat az alacsony kulturális fokon álló népek közé szokás sorolni, megfigyelhető az a törekvés, hogy a gonosz szándékkal elkövetett cselekmények és a véletlen balesetből származó sérelmek eltérő jogi megítélés alá essenek. A gonosz szándékkal elkövetett cselekményeket *faranak*, *danknak*, *gewealdnak* vagy *vilínek* nevezték és csak ezek, a *viliaverkek* voltak maguk után bírósági eljárást, békeszegést illetve békevesztettséget.³⁹ A pusztá balesetet *vapaverknek* vagy *unweldichnek* nevezték, és ez csak büntetésre vonatkozó igényt alapított meg a sértett fél vagy annak nemzetsége részéről, de a felek nem bocsátkozhattak ellenségeskedésbe, kizárták a *fehde* lehetőségét. Egyedül akkor merült fel a bosszú, ha a sértő fél teljesen elzárkózott az eset véletlenségének bírósági úton való vizsgálata elől. Hiszen épp a tettes volt köteles bejelentést tenni az esetről és igazolni annak baleseti jellegét, mely során ún. baleseti esküvel (*vapaeidr*⁴⁰) és esküsegédek segítségével tisztázhatta magát peren kívüli eljárásban.

Mai fogalmainkkal élve a kísérlet, a felbujtás és a bűnsegély nem minősült önálló deliktumnak, ezért ezek büntetlenül maradtak.⁴¹

A büntető igazságtételi szervezet a korai szokásjogban

Germán közszervezeti rend korai periódusában, a népvándorlást megelőzően a jogvédelem a büntetőjogra korlátozódott. A magánjogi igényeket is a büntető igazságszolgáltatás keretei között orvosolták.

Büntető eljárás jogukra vonatkozóan is Tacitust érdemes kiinduló pontnak tekinteni: a népgyűlésen lehetett váddal előállni és büntető eljárást indítványozni.⁴² Hivatalból tehát nem indult eljárás, leginkább a sértett vagy rokonainak jajveszékelésével szerzett a közösség tudomást a jogsértésről,⁴³ és a bíróság csak akkor ült össze, ha a sértett fél, mint vádló nyilvánosan megjelent. A vádlónak személyesen kellett elmondania a történeteket és az elkövetőnek is személyesen kellett védekeznie; képviselőnek nem lehet nyomait találni.

Tacitus úgy fogalmaz, hogy a gyűlésen választanak főnököket is, akik a megyékben és a falvakban igazságot szolgáltatnak. Mindegyik mellett a népből

³⁸ Germania c. 21. In: CSIKY K.: *Tacitus fönmaradt összes művei*, I. kötet, Évkönyvek, Budapest 1903. 276. p.

³⁹ SCHRÖDER: i. m. 83. p.

⁴⁰ Uo. 84. p.

⁴¹ Uo.

⁴² CSIKY: i. m. 272. p.

⁴³ WENZEL: i. m. 88. p.

választott száz kísérő áll, tanácsadás és tekintélyüknek növelése miatt.⁴⁴ Mind Caesar mind pedig Tacitus ezen tisztviselőket *princeps*nek nevezik, akik között megkülönböztették a nagyobb területi egységek a *gauk* (Caesarnál *regiones*, Tacitusnál *pagi*) és a kisebb kerületek (Caesarnál *pagi*, Tacitusnál *vici*) élén állókat, akiket a saját területükön előjárónak, fejedelemnek, azaz *princeps*nek tekintettek. A *princeps*ek területük lakosai tekintetében mind büntetőjogi mind pedig magánjogi ügyekben igazságot szolgáltatottak.⁴⁵ A jogvitákat úgy döntötték el, hogy megmondták, mi a jog (Caesarnál *ius dicunt*),⁴⁶ hasonlóan az archaikus Rómában tapasztalt *iurisdictionis* tevékenységhez. A *princeps*ek tehát felismerték a jogot, de nem dönthettek egyedül, mellettük – Tacitus szerint – száz kísérő ülnökként vett részt az ülésen, akiket a szabad vagy szabadon született fegyverforgatásra alkalmas férfiakból választottak (Tacitusnál *centeni ex plebe*). Szavazatbővséggel döntöttek az adott ügyben, és az ítéletet a *princeps* mondta ki.

Az igazságszolgáltatási rendszerben *változást* a nagy germán népvándorlást követően a Galliába való benyomulás hozott. A korabeli háborús elvekkel ellentétben a terület római eredetű lakosságát nem tették rabszolgává és nem ölték halomra, hanem meglehetősen kímélet mellett saját törvényeik szerint saját bíráik elé utalták őket. Maurer szerint a Galliában történő letelepedéssel áll szoros összefüggésben az új típusú királyi bíróságok megszervezése, melyeknek nem ősi germán, hanem római gyökereket tulajdonít, hiszen ekkor jelenik meg először ez az ítélkezési fórum.⁴⁷ A germán uralkodók lassan megismerkedtek a római monarchikus elvekkel, a római császárokhoz hasonlóan udvari pompával igyekeztek magukat körülvenni. Kezdetben még maguk elnököltek az udvari bíróságon, legfőbb bíróként jártak el, csak később a frank periódusban változik meg ez, – távollétükben – legfőbb állami tisztviselőknek engedték át ezt a feladatot.

A királyi udvari bíróságon a király sem ítélt egyedül, legfőbb udvari tisztviselői ülnökletével mondott ítéletet.⁴⁸

Ha a király által kiküldött rendkívüli hivatalnokok, a *missi domicii* segítették a markbíróságok tevékenységét, mellettük is nagyszerű férfiak, *viri magnifici* vagy *rachimburgii* ültek, és együttesen hoztak ítéletet.

A *gauk* első tisztviselői a *grafiok* vagy *comesek* is az adott terület feletti ítélkezési tevékenységet leggyakrabban *rachimburgii*, *boni homines*, *pagenses*,

⁴⁴ Germania c. 12. In: CSIKY 272. p.

⁴⁵ R. SOHM: *Die fränkische Reichs- und Gerichtsverfassung*. Leipzig 1911. 6. és k. p.

⁴⁶ Caesar VI. c. 23. „Cum bellum civitas aut illatum defendit aut infert, magistratus, qui ei bello praesint, ut vitae necisque habeant potestatem, deliguntur. In pace nullus est communis magistratus”

⁴⁷ MAURER, G. L.: *Geschichte des altgermanischen und namentlich altbairischen öffentlich-mündlichen Gerichtsverfahrens, dessen Vortheile, Nachtheile und Untergang in Deutschland überhaupt und in Baiern insbesondere*. Osnabrück 1924 (Neudruck 1965) 10. p.

⁴⁸ HOKE: i. m. 8. p.

magnifici viri vagy *auditores* társaságában, azok véleménye alapján hoztak döntést mind büntetőjogi, mind magánjogi ügyekben. Számuk általában hét volt.⁴⁹

Az ülnökökhöz képest sokkal érdekesebb szereplői voltak a germán ítélkezési rendszernek a *sagibarones*. Funkciójuk a szakirodalomban meglehetősen vitatott. Savigny például olyan hivatalnokoknak tartja őket, akik hármas „tanácsban” ülészetek és önálló ítélkezési jogosultsággal bírtak a grófsági bíróságokon, mintegy konkurálva a grófokkal.⁵⁰ Eichorn és Bernardi alapján Maurer is inkább jogi szakemberekként kezeli a *sagibaronest*, akik szemben a *rachimburgokkal* – a „cselekmények, tények egyszerű bíráival” – „a jog bírái” voltak, azaz olyan jogi szakemberek voltak, akik csak kivételesen jutottak szerephez egy-egy igazságtételi eljárásban.⁵¹ Csak hárman együttesen nyilváníthattak véleményt, és csak akkor, ha a „közönséges” ítéletmondók (grófok, ülnökök, *rachimburgok*) „nem találták a jogot” és kénytelenek voltak tanácsot kérni az általában idősebb, tapasztaltabb *sagibaronestől*. A száli frankoknál például a jogtudósok határozták meg a jogi irányelveket és véleményük olyan erővel bírt, hogy a grófok ítélkezésük során ezen elvekhez kötve voltak. Maurer a *sagibaronest* és mértékadó véleményüket a római *iurisconsultusoké*hoz hasonlítja, és azt feltételezi, hogy római jogtudósok jogi szakvéleményadásának privilégiuma előzményként hatással volt a Galliában letelepedő germán népek ítélkezésére.

Összegzés

Végezetül és összegzésül úgy lehetne jellemezni a germán büntető jogot, mint kultikus elemekben bővelkedő szokásjogi normarendszert, melyben igen erősen jelentkezett az isteni beavatkozás iránti igény,⁵² mely az istenítéletekben és a szakrális jellegű halálbüntetési nemekben is tükröződik. Eljárási módjukban bár túlnyomó részt még a *tárgyas szemlélet*, bizonyos tárgyak és kultikus helyek szertartásszerű igénybevétele kapott szerepet, – gondolva itt arra, hogy az eljárás megszentelt helyen, a szabad ég alatt, különös fák alatt folyt le, a bosszúeljárás előtt be kellett dobni a bosszúkesztyűt és a bíró ítélethozatala előtt szó szerint pálcát tört az elmarasztalt személy felett⁵³ –, de a szertartásos jelleg mellett már jelen volt a *szakmai szemlélet*, az alkalmazandó jog megtalálása, illetve tapasztalt jogismerők, római jogi fogalommal élve jogtudósok bevonása az ítélkezési eljárásba. Természetesen az imént elmondott büntető anyagi és eljárásjogi jellemzők nem minden germán nép esetén jelentkeztek egyformán, a germán népek többsége nem is került közvetlen kapcsolatba a római jogi kultúrával.

⁴⁹ Lex Salica t. 60.

⁵⁰ SAVIGNY, F. C. VON.: *Vermischte Schriften* I., Berlin, 1850. 219. p.

⁵¹ MAURER 19. p.

⁵² RUSZOLY J.: *Európa jogtörténete*. Budapest 1996. 23. p.

⁵³ Uo. 24. p.

ILDIKÓ BABJÁK

STRAF- UND STRAFPROZEßRECHT IM FRÜHGERMANISCHEN GEWOHNHEITSRECHT

(Zusammenfassung)

Das Faustrecht, das Recht des Stärkeren ist offenbar das erste und natürlichste Rechtsverfahren. „*Frei leben und sterben*“ war der erster Grundsatz der alten Germanen. Alle ihre Gewohnheiten, alle ihre Gesetze und Staatseinrichtungen waren auf Schützung und Schirmung derselben berechnet, und wirklich war auch einem jeden die größt mögliche Freiheit zugesichert. Diese große Freiheit der Germanen hat manchmal aber auf Hindernisse gestoßen. Die Germanen faßten alle eigentlichen Missetaten unter dem Begriff des Friedensbruches zusammen. Innerhalb dises Begriffes aber unterschied man *schwere Friedensbrüche* (*scelera, filagitia*) – die von Amts wegen verfolgt wurden – und *schlichte Friedensbrüche* (*leviorata delicta*), die zunächst Privatsache waren und die öffentliche Gewalt nur beschäftigen, wenn sie von dem Verletzten oder seine Sippe mit Klage vor Gericht gebracht wurden.

Die schwere Friedensbrüche

Man rechnete dahin teils solche Untaten die eine Beleidigung der Götter enthielten (Verletzung des Ding-, Heer-, Tempelfriedens, Hausfriedenbruch, Gräuberraub), teils gemeingefährliche Handlungen (Landesverrat, Heerung, Brandstiftung), usw. Die rechtliche Reaktion gegen jeden Friedensbruch war die Fehde, Feindschaft. Der Friedensbrecher wurde zum Feinde (*faidosus*). Bei schweren Friedensbrüchen zum Feinde des Volkes, der Götter, der unbedingt getötet werden sollte. Darum belegte man ihn mit dem Namen des Wolfes (*wargus*), denn gleich diesem war er friedlos und dem Tode geweiht. Der in der Hand der Richters befindliche überführte Verbrecher war mit seinem Leben den Göttern verfallen. Die rechtliche Natur des auf das Opfer bezüglichen Gottesurteils ist bestritten. Nimmt man an, daß sich das Gerichtsurteil auf die Verhängung der Friedlosigkeit beschränkte, so hatte erst das Gottesurteil nur auf die Vollziehung bezogen zu haben, so daß man es als die älteste Form des Begnadigungsrechts betrachten mag.

Todesstrafen mit sakralen Charakters: bei Zauberei und Spionage die Trafe der Scheiterhaufen, bei Landesverrat und Diebstahl der Weidenstrang (bei den Saxonen), bei Mord Rückenbrechen, bei Tempelschändung die Strafe des Ertränkens (bei den Friesen) usw.

Die schlichte Friedensbrüche

Der Friedensbrecher wurde zum Feinde des Verletzten und seiner Sippe, so daß sie ihn ungestraft angreifen, schädigen unter Umständen töten konnten. Im Gegensatz zu der Volksfeindschaft trug diese Fehde nur einen privaten Charakter, die Friedlosigkeit des Täters war bloß eine relative – gegenüber dem Verletzten und seiner Sippe – auch verlor der *faidosus* weder sein Vermögen, noch wurden seine Familienbande gelöst.

A *crimenek* Titus Livius művében

Bevezetés

Livius, a nagy történetíró munkájában elsősorban a történelmi fontosságú kül- és belpolitikai eseményekre koncentrált, ugyanakkor elejtett megjegyzéseiből a jogfejlődésre vonatkozó számos értékes adatot is nyerhetünk, ami különösen fontossá teszi művét, hiszen a római jog korai időszakára vonatkozóan kevés forrás áll rendelkezésünkre. Bár Livius nem volt jogász,¹ ugyanakkor – mint minden művelt római – rendelkezett bizonyos jogi alapműveltséggel, amit tükröz az is, hogy munkájában mindig élesen megkülönböztette a köz- és magán dolgokat,² ami a római jog egyik alapvető felosztása.³ A *crimenek*re vonatkozóan művében leggyakrabban konkrét perekkel kapcsolatban találhatunk hivatkozást. Ezek közül sok ügyre csak utal, éppen ezért a valóban gazdag forrást a politikai háttérrel is rendelkező ún. „nagy” ügyek jelentik, mivel ezekről a történetíró részletesen is beszámol.⁴

A közüldözés alá eső bűncselekmények közül talán az első⁵ – de mindenképpen a legfontosabb – a *perduellio*, emellett már a királykorban megjelent önálló bűncselekményként az emberölés is.⁶ A XII táblás törvény idején a kör

¹ Ezt mutatja az is, hogy sokszor csak „főbenjáró” ügyet említ, a konkrét bűncselekmény megnevezése nélkül.

² Még ott is, ahol ez felesleges, lásd Livius: 5.53.2. (LIVIVS: *Ab urbe condita*... I–XIV, The Loeb Classical Library, London 1968–1984. Ford: B.O. Foster, E.T.Sage, F.G. Moore, A.C. Schlesinger)

³ D. 1.1.1.2. Ulp.; D.50.16.225. Venuleius.

⁴ Ezért csak Livius művének teljes terjedelemben fennmaradt könyveit vizsgálom, melyek a I–X. könyvek (a Kr.e. 753–292-ig terjedő időszakra vonatkozóan), illetve a XXI–XLV. könyvek (melyek a Kr.e. 218–167-ig terjedő időszakot ölelik át.)

⁵ BAUMAN, RICHARD A.: *Crime and Punishment in Ancient Rome*. London and New York, 1996. 72. p. ill. Liv. 1.26.7. Horatius elítélése: „...P. Horati, tibi perduellionem iudicio...”

⁶ A kettő közül a hazaárulás a súlyosabb, hiszen magába olvasztja az emberölési tényállást is akkor, ha a hazaárulást emberöléssel követik el. Horatius ügye emberölés, de „...duumviri perduellionem iudicent...” (Liv.1.26.6.), ill. később Sora áruló lakosainak büntetése (Liv. 9.24.15.) továbbá Livius bizonytalansága vagy tévedése Kr.e. 485-ben: „... a quaestoribus

némileg bővült⁷ és megjelentek egyéb, ezen belül szakrális eredetű bűncselekmények is, anélkül azonban, hogy rendszerbe foglalásukra sor került volna.⁸ A *crimenek* körének fokozatos bővítése ezt követően részben a köztársasági törvényhozás útján, részben pedig a már meglévő tényállások pontosításával fokozatosan történt. A *crimenek* első, eljárásjogi alapokon történő rendszerbe foglalása Sulla nevéhez fűződött, ennek hatása még Livius idejében is jól érződött, így azt a lehetőséget sem zárhatjuk ki, hogy a történetíró ezen szabályok egy részét maga vetítette vissza a korábbi időkre.

Perduellio

A kezdetek során hazaárulás alatt értettek az ősi Rómában minden olyan cselekményt, mely a római állam biztonságát bárhogy veszélyeztette.⁹ Ide sorolhatók éppen ezért azok a bizonytalan megítélésű esetek is, ahol Livius csak „főbenjáró” bűncselekményt említ, de más bűncselekmény kizárható.¹⁰ Annak ellenére, hogy a *perduellio* kifejezést Livius alig használja,¹¹ megállapítható, hogy az ősi római jogban a hazaárulás volt a legáltalánosabb *crimen*.

Ide tartozott természetesen a szűkebb értelemben vett hazaárulás: az ellenséghez történő átállás¹² vagy arról tárgyalások kezdése,¹³ a polgárok elárulása és

Caesone Fabio et L. Valerio diem dictam perduellionis, damnatumque populi iudicio,....” (Liv. 2.41.11.)

⁷ Ugyanakkor Cicero szerint még ekkor is csak igen kevés bűncselekményre vonatkozott főbenjáró büntetés. (CICERO: *de rep.* 4.10.12.: „...nostrae contra duodecim tabulae cum perpaucas res capite sanxissent....”)

⁸ Lásd MOMMSEN, THEODOR: *Römisches Strafrecht*. Akademische Druck- und Verlagsanstalt, Graz 1955 (az 1899-es Duncker & Humblot kiadás alapján) 527. p., *perduellio* és *parricidium*, illetve a *furtum* közjogi esetei: *sacrilegium* és *peculatus*.

⁹ Bár a XII táblás törvény csak két tényállást nevesít: 9.5: „*hostem concitare*” és „*civem hosti tradere*”. Lásd még ZLINSZKY JÁNOS: *Római büntetőjog*, Budapest, 1991. 103. p., azonban ezeket Livius így nem említi.

¹⁰ Liv.10.46.16.: K.r.e. 293-ban (részletek említése nélkül) „...*qui dicta die*”, Liv. 45.16.4.: K.r.e. 167-ben: „... *ad res capitalis quaerendas ex senatus consulto retentus....*”

¹¹ Kifejezetten csak négy esetben: Liv. 1.26.7., 2.41.11., 26.3.9., 43.16.11.-12.

¹² Lásd Liv. 28.9.: K.r.e. 640-ben Mettius kivégzése, Liv.8.20.7-8.: K.r.e. 329-ben Vitruvius Vaccus Rómára támadt, ezért elfogása után kivégezték, házat lerombolták és vagyonát az isteneknek ajánlották fel. Liv. 26.34.1.-13.: K.r.e. 210-ben Capua korábban római jogot kapott (26.33.10.) polgárait a szerint bünteti a szenátus átruházott hatáskörben (26.33.10.), hogy menyiben vettek részt az elpártolásban. (26.33.10.). Ellenpélda: 9.16.10.: K.r.e. 319-ben az áruló Satriciumi római polgárok (9.16.2.) ügyében a konzul döntött, ill.: 2.35.6.: M. Coriolanus Róma elleni támadása nem hazaárulás, mivel őt már korábban száműzték, így polgárjogát elvesztette.

¹³ Liv. 29.36.11.: K.r.e. 204-ben Etruriában és 30.24.4.: K.r.e. 203-ban az Itáliai városokban vizsgálat folytatása.

legyilkolása.¹⁴ Ezt a bűncselekményt csak római polgár vagy szövetséges állam polgára követhette el, az ellenség nem.¹⁵

Tágabb értelemben ide sorolható a katonai lázadás¹⁶ is, azonban ez általában a hadvezér katonai büntető hatalma körében került rendezésre¹⁷ – kivételes esetben azonban a felelősségre vonás csak utólag következett be, mint Postumius¹⁸ vagy a *Regium*-i légio¹⁹ ügyében. Büntették azt is, ha egy impériummal nem rendelkező beosztott parancsnok elbocsátotta a sereget,²⁰ vagy egy katoná elhagyta a csapatát.²¹ Livius a legtöbb példát a hadvezérek ellen csatavesztés miatt indított eljárásokra vonatkozóan szolgáltatja.²² Ezek az esetek nem tekinthetők szűkebb értelemben vett hazaárulásnak,²³ mivel a tényállási elemek közül hiányzik a szándékosság, ezért inkább a hivatali kötelesség gondatlan megszegésének minősülnek. Ezt bizonyítja az is, hogy a büntetés nem főbenjáró, hanem általában egy nem túl magas *poena*, ami a korai időkben általában 10.000 *as*²⁴ és 15.000 *as*²⁵ közötti pénzbüntetés, a 2000 *as*²⁶ összeg kivételesen enyhének tekinthető. Az említett ügyek általában marasztalással végződtek, de ismerünk vádelejtéssel²⁷ és felmentéssel²⁸ záruló eljárásokat is. A hadiszerecnse

¹⁴ Liv.9.24.15.: Kr.e. 319-ben Sora bevétele után Rómába vitték és lefejezték a 225 árulónak tekintett lakost: „*Omnes qui Romam deducti erant virgis in foro caesi ac securi percussi*.”

¹⁵ Liv.22.33.1.: Kr.e. 217-ben egy pun kémét „csak” kézlevágással büntettek: „...*speculator Carthagiensis deprensus praecisisque manibus dimissus*.”, de: Liv.25.7.13.: túsok szökése után halálbüntetés: „...*caesi ex saxo deiuntur*...”

¹⁶ Liv.4.49.11.: Kr.e. 414-ben: „...*seditiones*...”, Liv.28.38.14.: Kr.e. 205-ben: „...*inter seditionem militarem in Hispania*...” (a lázadás Kr.e. 204-ben lásd Liv.28.29.11.), Liv.32.3.6.: Kr.e. 199-ben.

¹⁷ Liv.4.49.50.: Kr.e. 414-ben, Liv.28.29.11. Kr.e. 204-ben, Liv.29.9.10. Kr.e. 205-ben, Liv.32.3.6.: Kr.e. 199-ben.

¹⁸ Liv.4.50.5.: Kr.e. 414-ben saját katonái követték halálra a zsákmány miatt, ez ügyben a konzulok folytatták le a nyomozást: Liv.4.51.2.: „...*de quaestione Postuminae caedis*...” és csak keveseket ítélték halálra.

¹⁹ Liv.28.28.3.: „...*propter quod facinus tota legio, milia hominum quattuor in foro Romae securi percussi sunt*.” De Polybios szerint csak 300 embert, mert csak ennyien éltek túl a visszafoglalást. Vö. Polybios Hist. 1.7.11.

²⁰ Liv.40.41.9.: Kr.e. 180-ban: „...*senatus consultum factum est ut M. Fulvius in Hispaniam relegaretur ultra Novam Carthaginem*.”

²¹ Liv.40.41.11.: Kr.e. 180-ban: „...*qui miles ad exercitum non redisset, eum ipsum bonaque eius vendere consul iussus*...”

²² Konzul: Liv.2.52.5: Kr.e. 476-ban, Liv.2.52.8.: Kr.e. 474-ban, Liv.3.31.5.: Kr.e. 454-ben, Liv.4.42.3.: Kr.e. 422-ben, Liv.4.44.10.: Kr.e. 420-ban, katonai tribunus konzuli rangban: Liv.4.41.10: Kr.e. 423-ban, Liv.5.11.4.: Kr.e. 401-ben, praetor: Liv.26.3.1. Kr.e.211-ben.

²³ Bár előfordul, hogy Livius retorikai fogásként annak minősíti: Kr.e. 423-ban: „*Itaque advocata contione cum proditam Veii rem publicam esse ab ductibus*...” (Liv.4.40.5.)

²⁴ Liv.3.31.6.: Kr.e. 454-ben, Liv.4.41.10.: Kr.e.423-ban., Liv.5.12.1.: Kr.e. 401-ben,

²⁵ Liv.3.31.6.: Kr.e. 454-ben, Liv.4.44.10.: Kr.e. 420-ban,

²⁶ Liv.2.52.5.: Kr.e. 476: „*In multa temperarunt tribuni, cum capitis anquisissent, duorum milium aeris damnato multam dixerunt*.” Ami gyakorlatilag felmentéssel volt egyenlő, de a vádlott mégis belehalt a szégyenbe.

²⁷ Liv.4.42.9.: Kr.e. 422-ben.

²⁸ Liv.2.52.8.: Kr.e. 475-ben, Liv.4.41.11.:Kr.e.423-ban: „...*omnes tribus absolverunt*.”

forgandóságával,²⁹ a balszerencse³⁰ lehetőségével a rómaiak is tisztában voltak, ugyanakkor a csatavesztés ténye bármikor felhozható vád volt a korábbi hadvezér ellen, még akkor is ha a tényleges ok nem ez, hanem például politikai küzdelem vagy egyszerű elégedetlenség volt.³¹ Ha azonban a csatavesztést a hadvezér saját gyávaságával okozta,³² akkor már egyértelműen hazaárulásért felelt, mint azt a Fulvius *praetor* elleni per igazolja.³³

A háborúban elkövetett cselekmények körén túl, egészen a *crimen laesae maiestatis* kialakulásáig³⁴ békeidőben is a hazaárulás körébe tartozott a magisztrátusi hatalommal való mindenfajta szándékos visszaélés,³⁵ melyet külön törvények vagy az alkotmányos gyakorlat tiltott. A hadviseléssel kapcsolatban elvileg ide tartoztak az alábbi tényállások, melyek súlyosabb eseteit hazaárulásként bírálták el, míg az enyhébbekhez nem kapcsolódott büntetés: a tilos (hadüzenet nélküli) háború kezdése,³⁶ a provincia határának engedély nélküli átlépése,³⁷ ha a hadvezér katonáit magáncélra használta fel,³⁸ illetve békében (nem megüzent háborúban) elkövetett, vagy a szövetségesekkel szemben elkövetett fosztogatás. Ez utóbbi lehetett egyértelműen eldönthető,³⁹ de kialakulhatott vita azon is,

²⁹ Liv.5.12.1.: Kr.e. 400-ban: „...belli fortunamque...”, Liv.40.40.10.: Kr.e. 180-ban felajánlott templom Fortuna Equestris részére.

³⁰ Liv.4.42.3.

³¹ Liv.3.31.6.: Kr.e. 454-ben nem osztott a katonáknak a hadizsákmányból, Liv.4.44.10.: Kr.e. 420-ban, mert akadályozta a néptribunusok földtörvény javaslatát.

³² Liv.26.3.1.: „*Reus ab se culpam in milites transferebat.*”, Liv.26.3.6.: „...*ab eo desertos milites, cum haud vanum timorem ducis crederent.*...”

³³ Liv.26.3.9.: Kr.e. 212-ben: „...*perduellionis se iudicare.*...”

³⁴ Első megjelenése BAUMAN: i. m. 13. p. szerint Kr.e. 246-ban Claudia ügye, (l. még Liv: 19. per.)

³⁵ Liv.3.56.4.: Kr.e. 449-ben App. Claudius volt decemvir ellen, a Verginia ügy miatt, ami lényegében az iniuria lett volna: szabad ember megfosztása a szabadságtól, de ő ezt mint magisztrátus követte el: „...*unius tantum criminis nisi iudicem dices, te ab libertate in servitutem contra leges vindicias non dedisse.*”. Appius öngyilkosságba menekült az ítélet elől (Liv.3.58.6.), társát Sp. Oppiust saját visszaélési miatt szintén perbe fogták, aki szintén öngyilkos lett, (Liv.3.58.9.) míg M. Claudius, Appius segítőjét (*adsertor*) száműzték: „...*ultimam poenam dimissus Tibur exsulatum abiit.*...” (Liv.3.58.10.)

³⁶ Liv.5.36.1-10.: Kr.e. 390-ben a római követ Q. Fabius harcba szállt a gallok ellen, „...*contra ius gentium.*...” (Liv.6.1.7.), amiért Kr.e. 389-ben perbe fogták, de az eljárás alatt meghalt, ezért sokan öngyilkosságra gyanakodtak. (Liv.6.1.7.), Liv.39.3.2.: Kr.e. 187-ben Galliában M. Furius praetor, de ellene nem indult eljárás, a szenátus csak az eredeti állapotot állította helyre., Liv.41.6.2., Kr.e. 178-ban, l. a következő lábjegyzetet, Liv.42.8.1-8.: Kr.e. 173-ban, mert a konzul háborút kezdett a ligurokkal, bár ügye a nép elé került, de az eljárást a praetor elhúzta amíg hivatali ideje lejárt Kr.e. 172-ben, így nem ítélték el. (Liv.42.22.7.), Liv.43.5.5.: Kr.e. 170-ben a volt konzult vádolták be, de ügyét nem tárgyalták távollétében, Liv.45.31.2.: Kr.e. 167-ben római katonákat adott egy mézáriláshoz.

³⁷ Liv.41.6.2.: Kr.e. 178-ban mert a konzul átlépte a provincia határát és háborút kezdett Histriában.

³⁸ Lásd Liv.11.per.Kr.e. 292-287 L. Postumius konzul: „...*opera militum in agro suo usus erat, damnatus est.*...”

³⁹ Liv.29.1.17.: Kr.e.205-ben Syracusa, Liv.43.8.7.: Kr.e. 170-ben Chalcis.

hogy vajon elfoglalták vagy inkább visszafoglalták⁴⁰ a korábban szövetséges várost. Az első esetben ugyanis a zsákmányolás jogos volt, az utóbbi esetben viszont tilos. Ebben az előkérdésben a szenátus határozattal döntött,⁴¹ és ha megállapította, hogy nem háborúban foglalták el az adott települést, akkor az eredeti állapot helyreállítását rendelte el, de a hadvezér ellen ekkor sem indult eljárás.

Békében idetartozott a magisztrátusi hatalom túllépése akár időben,⁴² akár hatáskörben,⁴³ (még a diktátor esetében is⁴⁴) a megvesztegetés,⁴⁵ a *repetunda*, vagy akár a hatalom nem gyakorlása⁴⁶ is. Ide tartozott továbbá a magisztrátusi hatalom tilos megszerzésére való szándékos törekvés: a választók befolyásolása érdekcsoportok kialakításával,⁴⁷ az *ambitus*.⁴⁸ Ide sorolhatjuk a királyság visszaállítására⁴⁹ való törekvést, tágabb értelemben az alkotmányos rend elleni

⁴⁰ Liv.26.32.2.: Kr.e. 210-ben: „...et urbem recipi, non capi, et receptam legibus antiquis et libertate stabiliri...”

⁴¹ Liv.26.32.6.: Kr.e. 210-ben Marcellus konzul Syracusa kifosztása miatt, de a szenátus mellé állt: háborúban foglalták el, de Kr.e. 205-ben történt fosztogatásra ez már nem vonatkozott (Liv.29.1.1.7.). Ellenkező döntés:(a hadiállapot nem került megállapítása): Kr.e. 187 Ambracia (Liv.38.44.4.), Kr.e.170-ben Abdera és Coronea esetében. (Liv.43.4.11.)

⁴² Liv.9.34.25.: Kr.e. 310-ben Appius Claudius nem tette le cenzori hivatalát, ezért a néptribunus bilincsbe akarta veretni a lex Aemilia megsértése miatt, de a társai intercessiója ezt megakadályozta. „...et nisi Aemiliae legi parueris, in vincula duci iubeo...”

⁴³ Liv.6.38.9.: Kr.e. 368-ban egy Livius szerint is kétséges tudósítás szerint Camillus diktátort fenyegette 50.000.-as büntetés, ha belpolitikai ügyben él diktátori hatalmával: „...ut si M. Furius pro dictatore quid egisset, quingentum milium ei multa esset...”

⁴⁴ Liv.7.4.2.: Kr.e. 363-ban L. Manlius Imperiosus esete amikor a vallási cselekmény (szög beverése) elvégzése után háborúra soroztatott, majd hivatala letétele után Kr.e. 362-ben az elítéléstől csak fia mentette meg: „...verba iuraret se patris eius accusandi causa consilium plebis nunquam habiturum.” (Liv.7.5.5.)

⁴⁵ Liv.42.45.8.Kr.e. 172-ben Decimus követ: „...captarum etiam pecuniarum ab regibus Illyriorum suspicione infamis Romam redit.”

⁴⁶ Liv.42.21.4.: Kr.e. 172-ben ha a konzulok nem indulnak el a provinciájukba „...et consulibus multam se dicturos nisi provincam exirent denuntiarunt”.

⁴⁷ Liv.9.26.8.: Kr.e. 314-ben a campaniai szövetségesek hűtlenségét (Liv.9.26.5: „cum omnia infida Romanis essent.”) kivizsgáló diktátor a vizsgálat befejezése után Rómában vizsgálta a tisztségek elnyerésére létrehozott érdekszövetségek ügyét: „...sed in universum qui usquam coissent coniurassent adversus rem publicam...” (Liv.9.26.8.) , majd a diktátor lemondott és maga is a vizsgálatot folytató konzul elé állt vádlottként, ahol is felmentették. (Liv.9.26.21.) Később Publilius Philo-t is bevádolták, akit szintén felmentettek (Liv.9.26.21.)

⁴⁸ Liv.4.25.13.: Kr.e. 432-ben már tiltották a *toga* kihéhrítését: „...ne cui album vestimentum addere petitionis causa liceret.”, majd Liv.7.15.12.: Kr.e. 358-ban: „...et de ambitu tum primum populum latum est”, illetve 7.16.1. és 40.19.11. Kr.e. 181-ben: „Et legem de ambitu consules ex auctoritate senatus ad populum tulerunt.”

⁴⁹ Liv.4.15.1.: Kr.e. 439-ben Sp. Maelius ügye akit „...si regni crimine...” miatt ölt meg a lovassági parancsnok, Liv.6.20.4.: Kr.e. 385-ben M. Manliust, miután ő a szenátust tolvajlással vádolta „...falso crimine senatus oblataeque vani furti invidiae...” (Liv.6.16.1.) majd a következő évben „... ad regni crimem...” alapján ítélték halálra.

összeesküvést,⁵⁰ ide értve a népgyűlés rendjének megzavarását,⁵¹ valamint a népgyűlés működésének akadályozását is.⁵² A *crimen laesae maiestatis* kialakulása előtt, ha büntették, akkor ide sorolhatjuk a néptribunusi hatalom elleni fellépés⁵³ szervezését, sőt egyes vallási szabályok megszegése esetén is felmerülhetett büntetés, ami szintén ide sorolható.⁵⁴

Ide sorolhatjuk továbbá a fennálló államrend elleni szervezkedést,⁵⁵ ide értve a sok személyt fenyegető bűncselekmények „üzletszerű” elkövetését. Erre legismertebb példa a Kr.e. 186-ban kirobbant a bacchanáliák ügye, amit „egy belső összeesküvés”-ként fogtak fel,⁵⁶ ami világosan mutatja, hogy nem magával vallási szertartással, hanem az azok mögött megbújó sokféle bűncselekmény ellen, ill. azoknak az államberendezkedést fenyegető hatása miatt lépett fel a római állam szigorú módon. Ide tartoztak a „...titkos éjszakai szertartások”,⁵⁷ „a fajtalankodás”,⁵⁸ „...hamis tanúk, hamis pecsétek, végrendeletek és feljelentések” készítése, „...sőt egyes családokban mérgezésekre és gyilkosságokra is sor került”.⁵⁹ A szenátus szigorú nyomozást rendelt el az összeesküvők ellen⁶⁰ nemcsak Rómában, de egész Itáliában is,⁶¹ különös tekintettel az éjszakai összejöve-

⁵⁰ Liv.3.11.9.: Kr.e. 461-ben Q. Caeso pere: „...capitis diem dixit...” ehhez még egy emberölési ügy is kapcsolódott (Liv.3.13.2.)

⁵¹ Liv.25.4.8.: Kr.e. 215-ben Postumius és társai peculatus pere hazaárulásba fordult át, Liv.43.16.11: Kr.e. 169-ben mert a censorok megzavarták a népgyűlés rendjét: „...et utrique censori perduellionem se iudicare pronuntiavit...”, a népgyűlést össze is hívták „...comitiis perduellionis dicta dies...” (Liv.43.16.12.) , de végül felmentették őket, bár ez egyikük elítéléséhez csak nyolc centuria szavazata hiányzott. (Liv.43.16.16.)

⁵² Liv.22.34.3.: Kr.e. 217-ben bizonytalan, talán az augurok ellen, mert akadályozták a népgyűlés megtartását: „...criminando non senatum modo sed etiam augures, quod dictatorem prohibuissent comitia perficere...”

⁵³ Liv.2.35.6.: Kr.e. 491-ben Coriolanust is valószínűleg ezért ítélték el, mert a nép ínségét a tribunusi hatalom letörésére akarta kihasználni: „*Damnatus absens in Volscos exulatum abiit...*”, Liv.5.29.7.: Kr.e. 393-ban volt néptribunusokat ítélték 10.000-10.000 as büntetésre, mert a többi néptribunus ellen a szenátus érdekében jártak el: „...et pessimo exemplo innoxii denis milibus gravis aeris condemnati sunt.”

⁵⁴ Liv.37.51.4.: Kr.e. 189-ben a pontifex maximus és Quirinus flamenje közötti kölcsönös pénzbírság ügye került nép elé: „...et provocatum ad populum est...”, Liv.40.42.9.: Kr.e. 180-ban a pontifex maximus a duumvir navalist ítélte pénzbüntetésre: „...rem multa duumviro dicta a pontifice...”, majd az ügy a nép elé került a duumvir provokációja után: „...cum provocasset certatum ad populum.”

⁵⁵ Liv.32.1.7. és Liv.39.8.1.: „coniuatio”.

⁵⁶ Liv.39.8.1.: „...consules ab exercitu bellorumque et provinciarum cura ad intestinae coniurationis vindictam avertit.”, illetve Liv.39.8.3.: „*Consulibus ambosque quaestio de clandestinis coniurationibus decreta est.*”

⁵⁷ Liv.39.8.4.: „...sed occultorum et nocturnorum antistes sacrorum.”

⁵⁸ Liv.39.8.6.: „...corruptelae primum omnis generis fieri coepitae,”

⁵⁹ Liv.39.8.8.: „...sed falsi testes, falsa signa testamentaque ei indicia ex eadem officina exhibant: venena indidem intestinaeque caedes...”

⁶⁰ Liv.39.14.8.: „...qui coierint coniuraverintve...”

⁶¹ Liv.39.14.7.: „...et per totam Italiam”, illetve Liv.39.18.4., Liv.39.41.6.: Kr.e. 184-ben nyomozás Tarentumban.

telek ügyére.⁶² A *crimenek* közül Livius kiemeli a fajtalanságot, a gyilkosságot, a végrendelet- és pecséthamisítást, ezeket halálbüntetéssel sújtották.⁶³

Tágabb értelemben ide tartozott a római állam harckésztségének veszélyeztetése az állam anyagi alapjainak elvonásával, mely – *peculatus* elnevezéssel – önálló bűncselekménnyé vált, továbbá ide tartozott a római állam elárulása a túlvilági hatalmakkal szemben: a *sacrilegium*, mely szintén önállósult, ezért ezeket a későbbiekben külön tárgyalom.

Végül ide sorolhatók azon esetek is, amikor egyértelműen *perduellio*-ról kapunk tudósítást, de a konkrét cselekmény ismeretlen, vagy ellentétes hagyományok is ismertetésre kerülnek,⁶⁴ ide értve azon eseteket is, amikor a valós ok nyilvánvalóan bosszú a korábbi sérelemért.⁶⁵

Repetunda

A *repetunda* kezdetben nem volt önálló bűncselekmény,⁶⁶ egyrészt az általános szabályok tiltották azt, hogy a magisztrátus tevékenységéért anyagi ellenszolgáltatást kérjen vagy fogadjon el római polgároktól, másrészt viszont a provinciában élő meghódított népeket a római jog kezdetben egyáltalán nem védte. A tartományi tisztségviselők mohósága azonban azzal fenyegetett, hogy a provinciában az elégedetlenség a római uralom elleni felkeléseket vált ki, ami viszont már érintette a római államot is, ezért fokozatosan kialakult a fenti magatartás bűncselekményként való üldözése. Ennek első esetei a *hispaniai* provinciái helytartók ellen Kr.e. 171-ben megindított eljárások, ahol Livius még nem használja későbbi bűncselekmény *terminus technicus*át.⁶⁷ Ekkor az eljárás még rendkívüli volt, hiszen a szenátus külön engedélye volt ehhez szükséges, a vádlók pedig nem maguk a sértettek, hanem az általuk megbízott római polgárok voltak.⁶⁸ A három⁶⁹ ismertetett eljárásból egy felmentéssel,⁷⁰ a másik kettő

⁶² Liv.39.14.9.: „...ne qua sacra in aperto fierent.”

⁶³ Liv.39.18.4.: „...qui stupris aut caedibus violati erant, qui falsis testimoniis, signis adulterinis, subiectione testamentorum, fraudibus aliis contaminati, eos capitali poena adficiabant.”

⁶⁴ Liv.2.41.11.: Kr.e. 485-ben a volt konzult ítélték el, talán földreform tervszete miatt, mert a szövetségeknek is akart földet osztani „... a quaestoribus Caesone Fabio et L. Valerio diem dicam perduellionis, damnatumque populi iudicio, dirutas publice aedes.”

⁶⁵ Liv.24.43.3.: Kr.e. 214-ben a korábbi cenzorok ellen, mert a vádlót cenzeni megrovalással sújtották.

⁶⁶ Az első törvény a *lex Calpurnia de repedundis* Kr.e. 149-ben, lásd BAUMAN: i. m. 22. p., MOMMSEN: i. m. 708. p., ZLINSKY: i. m. 138. p.

⁶⁷ Bizonytalanságát mutatja: „Cum et alia indigna quererentur” ami inkább erkölcsi mint jogi helytelenítés. A konkrét vád: „...pecunias captas...” (Liv.43.2.3.)

⁶⁸ Liv.43.2.3.: „...daret patronusque quos vellent sumendi potestatem faceret.”

⁶⁹ Liv.43.2.11.: A harmadik után: „...praetor....dein repente in provinciam abiit, ne plures ab Hispanis vexarentur.”

⁷⁰ Liv.43.2.6.: „Bis ampilatus, tertio absolutus est reus.”

önkéntes száműzetéssel ért véget.⁷¹ Ekkor tehát a kizsarlott összeg visszakövetése még nem volt lehetséges, annak lehetősége csak később, törvényhozás útján jelent meg.

Sacrilegium

A *sacrilegium* a megszentelt helyről való lopás,⁷² a római államot a túlvilág felé tett felajánlásai miatt érintette közvetlenül. Mivel a rómaiak rendkívüli módon vigyáztak arra, hogy a túlvilágiak jóindulatát mindig bírják, ezért ezen bűncselekmények ellen valószínűleg már a kezdetektől fogva szigorúan léptek fel,⁷³ a cselekményt még a speciális bűncselekmény fogalom kialakulása után is gyakorlatilag az állam elleni összeszküvésnek fogták fel.⁷⁴ Az első Livius által említett eljárás Q. Pleminius és társai ügye Kr.e. 205-ből, akik *Locri* megszállása közben – többek között – kirabolták Proserpina híres szentélyét is. A vizsgálat Pleminiust és 32 társát bűnösnek találta, akiket ezután Rómába vittek,⁷⁵ ahol börtönben őrizték őket,⁷⁶ majd a nép⁷⁷ elé kerültek, ahol több tárgyalási napot is tartottak. Livius szerint Pleminiust a biztos elítéléstől csak az eljárás alatt bekövetkezett halála mentette meg.⁷⁸ Kr.e. 200-ban ugyanitt újabb *sacrilegium*⁷⁹ történt, mely ügyben a szenátus utasítására újabb nyomozást folytattak, majd a Rómában elítélt tetteseket a helyszínen végezték ki a következő évben.⁸⁰

A mási ügy Kr.e. 174-ben Fortuna Equestris templomának építéséhez kapcsolódott. Q. Fulvius Flaccus censor ennek során Brutiniumba utazott és Iuno Lacinia templomának márvány tetejét félig leszedette, majd azt Rómába szállította. Livius ezt egyértelműen szentségtörésnek minősíti,⁸¹ amit bizonyít az is, hogy a szenátus elrendelte az eredeti állapot helyreállítását.⁸² A censor ellen

⁷¹ Liv.43.2.10.: „...cum dicenda de integro causa esset, excusati exilii causa solum vertisse.”

⁷² MOMMSEN: i. m. 760. p.

⁷³ Egyben mindig elrendelték a hiányzó érték visszapótlását és engesztelő áldozat bemutatását. (Liv.29.21.4.: „...in thesauris reposuerunt ac piacularare sacrum fecerunt.”, illetve Liv.32.1.7.)

⁷⁴ Liv.32.1.7. „coniuratio”.

⁷⁵ Liv.29.21.12.: „Pleminium et ad duo et triginta homines cum eo damnaverunt atque in catenis Romam miserunt...”

⁷⁶ Liv.29.22.7.: „...extemplo in carcerem conditi”.

⁷⁷ Liv.29.22.7.: „Ac primo producti ad populum...”

⁷⁸ Liv.29.22.9.: „Mortuus tamen prius in vinculis est quam iudicium de eo populi perficeretur.”, Pleminius haláláról lásd még Liv.29.22.10. és Liv.34.44.7. :Kr.e. 194-ben.

⁷⁹ Liv.31.12.2.: „...non cessari ab sacrilegiis...”

⁸⁰ Liv.32.1.8.: „...quos sacrilegii compertos in vinculis Romam misisset, Locros mitteret ad supplicium...”

⁸¹ Liv.42.3.3.: „...sacrilegium...”

⁸² Liv.42.3.10.: „...ut eae tegulae reportandae in templum locarentur piaculariaque Iunoni fieret.”

azonban nem indult eljárás, mivel hivatala letétele után nemsokára öngyilkosságot követett el, melyet mindenki megérdemelt túlvilági büntetésnek tartott.⁸³

A harmadik utalás egy részletesebben nem ismertett per Kr.e. 170-ből, ahol C. Lucretius praetort 1.000.000 *as* büntetésre ítélték,⁸⁴ mert a szövetséges Chalcis városát és annak templomait kirabolta.⁸⁵ A büntetés itt ugyan nem főbenjáró, amit talán a gyengébb szövetségi kapcsolattal lehet magyarázni, ugyanakkor a pénzbüntetés összege tekintélyes.

Peculatus

A lopás másik, a közjog által üldözött esete a nem szent állami vagyon elvétele.⁸⁶ Ennek elkövetői kezdetben leggyakrabban a hadvezérek lehettek, akik a hadizsákmánnyal nem tudtak elszámolni. Ez a vád – hasonlóan a csatavesztés miatti ügyekhez – minden egykori hadvezér ellen megindítható volt, ellentétben viszont, a korábban bemutatott tényállással, ez inkább a sikeres hadvezéreket fenyegette. Az első ilyen per M. Furius Camillus ellen indult Kr.e. 391-ben a veii zsákmány ügyében.⁸⁷ A vádlott – miután felmentése reménytelennek tűnt –, a pénzbírság elől inkább önkéntes száműzetésbe vonult, távollétében 15.000 *as* büntetésre ítélték⁸⁸ és száműzték is.⁸⁹ Livius nem ír a konkrét vádról,⁹⁰ de az egyértelmű, hogy Camillus ekkor már elveszítette korábbi népszerűségét.

A másik ismert ügy a két Scipio pere Kr.e. 187-ben,⁹¹ akiket állami pénz eltulajdonításával vádoltak,⁹² a konkrét összeg Livius szerint mindkét esetben négymillió *sestertius* volt.⁹³ P. Scipio Africanus méltatlanságnak tekintette az egész eljárást,⁹⁴ a szenátusban korábban még az elszámolást is szétépte,⁹⁵ a népgyűlés előtti eljárást pedig előbb hazafias érzelmek felszításával,⁹⁶ majd

⁸³ Liv.42.28.12.: „...vulgo Iunonis Laciniae iram ob spoliatum templum alienasse mentem ferebant.”

⁸⁴ Liv.43.8.10.

⁸⁵ Liv.43.7.10.: „Apud se templa omnibus ornamentis spoliata, compilatque sacrilegiis....”.

⁸⁶ MOMMSEN: i. m. 761. p.

⁸⁷ Liv.5.32.8.: „Qui die dicta ab L. Apuleio tribuno plebis propter praedam Veientam...”

⁸⁸ Liv.5.32.9.: „Absens quindecim milibus gravis aeris damnatur.”

⁸⁹ Liv.5.46.11.: „...quod nec iniussu populi mutari finibus posset...”, ahonnan csak később hívták diktátorként vissza: „...revocatus de exilio...” (Liv.5.46.10.)

⁹⁰ Plut.Cam.12.1.: a zsákmányból származó bronz ajtó elsikkasztása.

⁹¹ Liv.38.50.5.: „...P. Scipioni Africano, ..., duo Q. Petilii diem dixerunt.”

⁹² Liv.38.51.1.: „...suspicionibus magis quam argumentis pecuniae captae rem accusarunt....”

⁹³ Liv.38.55.12.

⁹⁴ Liv.38.55.12.: „...cum bis milliens in aerarium intulisset, quadragens ratio ab se posceretur.”

⁹⁵ Liv.38.55.11.

⁹⁶ Liv.38.51.12.: „Simul se universa contio avertit et secuta Scipionem est....”

betegségére hivatkozva elszabotálta,⁹⁷ amihez Ti. Sempronius Gracchus nyújtott segítséget.⁹⁸ Halála után L. Scipio Asiaticust vádolták és ítélték el az Antiochus király elleni hadjáratból származó négymillió *sestertius* elsikkasztásáért.⁹⁹ A vádat előbb kiterjesztették legátusaira, quaestorára sőt még két írnokra és egy törvényszolgára is, hiszen ekkora összeget egyedül nem lehetett elsikkasztani.¹⁰⁰ A fenti személyek nagy részét azonban még a praetor felmentette,¹⁰¹ az egyik legátust és a quaestort azonban Scipioval együtt elítélték. Scipiot a bebörtönzés-től¹⁰² csak Gracchus fellépése mentette meg.¹⁰³

Végezetül a harmadik *peculatus* miatti eljárás M. Acilius Glabrio ellen indult, mert ellenfelei az elítéltetésével akarták megakadályozni azt, hogy a cenzori tisztségre pályázzon, és amikor jelöltségétől visszalépett, a vád is elejtésre került.¹⁰⁴ Csak utalást találunk egy valószínű *peculatus* tényállásra, amikor a hadvezér a hadizsákmányból magáncélra építkezést folytatott.¹⁰⁵

A *peculatus* azonban nem csak hadvezér, hanem állami pénz kezelésével foglalkozó más hivatalnok, tipikusan az aedilis ill. annak beosztottai is elkövethettek.¹⁰⁶ Sőt a *peculatus* tényállását legkésőbb a második pun háború idején kiterjesztették az állammal szerződéses kapcsolatban álló társaságok tagjaira is, ha egyikük az államot megkárosította. Ennek legrészletesebben tárgyalt esete Kr.e. 215-ben M. Postumius és társai¹⁰⁷ pere, akik kihasználták azt, hogy a nehéz helyzetben lévő állam a halasztott fizetésért cserében átvállalta a szállítmányokban a *vis maior* okozta károkat,¹⁰⁸ és ezt csalásra¹⁰⁹ használták fel: hamis károkat jelentettek be és fizettettek ki az államkasszával.¹¹⁰ Amikor az ügy kipattant, a néptribunusok először M. Postumiust 200.000 *as* büntetés megfizetésére ítélték,¹¹¹ aki azonban ahelyett hogy ezt gyorsan tudomásul vette volna, társaival zavargást kezdeményezett a népgyűlésen és ezzel megakadályozta.

⁹⁷ Liv.38.52.3.: „...L. Scipio morbum causae esse cur abesset excusabat.”

⁹⁸ Liv.38.52.10.: „...se P. Scipionem priusquam Romam redisset accusari non passurum...”

⁹⁹ Liv.38.55.10.: „...quod tantae summae...”

¹⁰⁰ Liv.38.55.5.: „...ut omnia contacta societate peculatus viderentur...”

¹⁰¹ Liv.38.55.5.: „...absoluti sunt...”

¹⁰² Liv.38.60.2.: „...ni refetatur pecunia in publicum, quae iudicata sit,et in vincula duci iubeat.”

¹⁰³ Liv.38.60.6.: „...non passurum inter hostes populi Romani in carcere et vinculis esse...”

¹⁰⁴ Liv.37.57.12. és Liv.37.58.1.: pedig már két tárgyalást is tartottak, a javasolt büntetés 100.000 *as* volt.

¹⁰⁵ Liv.43.4.5.: Kr.e. 170. Lucretius praetor

¹⁰⁶ Liv.30.39.7.: Kr.e. 202-ben az aedilis beosztottai: „Pecuniam ex aerario scribae viatoresque aedilicii clam egressisse per indicem damnati sunt.”, őket elítélték, ami az aedilisre is kihatott: „...damnati sunt, non sine infamia Luculli aedilis...” (Liv.30.39.7)

¹⁰⁷ Liv.25.1.4.: nevesítve még T. Pomponius

¹⁰⁸ Liv.23.49.2.

¹⁰⁹ Liv.25.3.11.: „Ea fraus indicata...”

¹¹⁰ Liv.25.3.12.: „...et ementiti falsa naufragia et ea ipsa quae vera renuntiaverant fraude ipsorum facta erant, non casu.”

¹¹¹ Liv.25.3.13.: „ducentum milium aeris multam M. Postumio dixerunt.”

lyozták a szavazást.¹¹² Ezzel elkövették a már fentiekben tárgyalt hazaárulást, ezért a néptribunusok visszavonták a kiszabott pénzbüntetést, és most már főbenjáró bűncselekmény vádját¹¹³ emelték ellenük, mely során számkivetésre és teljes vagyonelkobzásra ítélték a társaságok tagjait.¹¹⁴

A *peculatus* esetében a marasztalás mindig pénzbírság volt, melynek összege kezdetben csekély 15.000 *as*,¹¹⁵ később már 100.000 *as*¹¹⁶ sőt 4.000.000 *sestertius*¹¹⁷ is lehetett, mely ekkor már igazodott a sikkasztott összeg nagyságához, sokszor azonban Livius csak utal a marasztalásra a konkrét összeg megjelölése nélkül,¹¹⁸ az esetek egy részében pedig a történetíró tanúságtétele szerint még eljárás sem indult.¹¹⁹

Parricidium

Az emberölés¹²⁰ már szintén a legrégebbi időtől fogva *crimennek* minősült. Ha valaki megölt egy római polgárt, nemcsak az adott polgár magánérdekét sértette meg, hanem az egész közösség érdekét is, hiszen így megfosztotta a közösséget egy (tényleges vagy potenciális) katonától. Emberölési ügyekről azonban lényegesen kevesebb számban találunk Liviusnál tudósítást, tulajdonképpen csak ott, ahol az ügy politikai színezetet is kapott. Ilyen volt Q. Caeso¹²¹ pere Kr.e. 461-ből, mely először valószínűleg hazaárulásként¹²² indult és csak később társult hozzá egy emberölési vád,¹²³ melyek miatt a vádlott önkéntes száműzetésbe vonult. Az ügy később Volscinus hamis tanúzási perében folytatódott, mivel Kr.e. 459-ben bizonyítékok kerültek elő, hogy korábban hamisan tanúskodott

¹¹² Liv.25.3.19.: „...et rem ad seditionem spectare, ni propere dimittitis plebis consilium?”

¹¹³ Liv.25.4.8.: „...omissa multae certatione rei capitalis diem Postumio dixerunt...”

¹¹⁴ Liv.25.4.9.

¹¹⁵ Liv.5.32.9.

¹¹⁶ Liv.37.58.1.: Kr.e. 189-ben „...centum milium multa irrogata est...”

¹¹⁷ Liv.38.55.12.

¹¹⁸ Liv.22.35.3.: A Kr.e. 217 év eseményei során utal egy korábbi elítélésre: „L. Aemilium Paulum, qui cum M. Livio consul fuerat, ex damnatione collegae, ex qua prope ambustus evaserat,” lásd még Liv.29.37.9-10. Kr.e. 204.-ben: M. Livius Salinator korábban elítélték, részletek nélkül.

¹¹⁹ Liv.39.6.5.: Kr.e. 187-ben diadalmenetet Cn. Manlius Volso csak akkor tartotta meg, amikor a praetor tisztsége lejárt, hogy az ne tudja őt bevádolni „...ne Q. Terentio Culleone praetore causam lege Petillia deceret...”

¹²⁰ Liv.4.15.1.: Nem az, ha a diktátor parancsának nem engedelmeskedőt ölnek meg: „...Maelium iure caesum pronuntiavit etiam si regni crimine insons fuerit qui vocatus a magistro equitum ad dictatorem non venisset.”, lásd még Liv.4.14.6., nem az, ha házi hatalom keretében történt: Liv.1.26.9. „...si filiam iure caesam iudicare...”

¹²¹ Liv.3.13.8.: „Hic primus vades publico dedit.”

¹²² Liv.3.11.9.: Kr.e. 461-ben „...capitis diem dixit...”

¹²³ Liv.3.13.2.: „...punga ictum ab Caesone cecidisse...”

Caeso perében.¹²⁴ Bár az ügy egy évig húzódott, de végül őt is elítélték¹²⁵ és ő is száműzetésbe vonult.¹²⁶

Kr.e. 436-ban Sp. Maelius néptribunus megvádolta¹²⁷ L. Minucius korábbi praefectus annonae-t¹²⁸ és törvényjavaslatot tett Servilius Ahala korábbi lovasági parancsnok javainak elkobzására is.¹²⁹ A vád Minucius ellen az volt, hogy korábban hamis váddal tört Maelius vesztére,¹³⁰ Ahala ellen pedig azt hozta fel, hogy ítélethozatal nélkül megölt egy római polgárt.¹³¹ Azonban egyik ügy sem jutott el döntésig.¹³²

Kezdetben az emberölési ügyek sajátos alfaját képezték a méregkeverési ügyek, melyben – veszélyességük miatt – különös szigorúsággal léptek fel; ezzel magyarázható, hogy a méregkeverés már a XII táblás törvényben megemlíttésre került,¹³³ később pedig önálló bűncselekménnyé vált.¹³⁴ Livius szerint az első méregkeverési ügy Kr.e. 331-ban indult.¹³⁵ A feljelentésre indult nyomozás során¹³⁶ húsz asszonyt tetten is értek, akik közülük ketten a XII táblás törvény rendelkezésével védekeztek.¹³⁷ Erre felajánlották nekik a próbát: igyának a szerekből, hogy igazukat bizonyítsák, amit némi tanakodás után meg is tettek, így végeztek magukkal. Ez után további nyomozás következett, majd összesen 170 matrónát ítélték el, de a büntetésről sajnos nem ír Livius. A szigorú fellépés ellenére méregkeverési ügyek később is tömegesen történtek.¹³⁸

¹²⁴ Liv.3.24.6.: „Nisi ita esset, multi privatim ferebant Volscio iudicem. Cum ad iudicium ire non auderet...”

¹²⁵ Liv.3.29.7.

¹²⁶ Liv.3.29.7.: „Volscius damnatus Lanuvium in exilium abiit...”

¹²⁷ Liv.4.21.3.: „Minucio diem dierat...”

¹²⁸ Liv.4.13.7.

¹²⁹ Liv.4.21.3.: „...et Minucio diem dixerat et rogationem de publicandis bonis Servili Ahalae tulerat...”

¹³⁰ Liv.4.21.4.: „...falsis criminibus a Minucio circumventum Maelium arguens,”

¹³¹ Liv.4.21.4.: „...Servilio caedem civis indemnati abiciens.”

¹³² Liv.4.21.4.: „Quae vaniora ad populum ipso auctore fuere.”

¹³³ XII táblás törvény: 8.25. (D.50.16.236.pr. Gai.): „...qui venenum dicit, adicere debet, utrum malum an bonum...”

¹³⁴ MOMMSEN: i. m. 636. p.

¹³⁵ Liv.8.18.11.: „Neque de veneficiis ante eam diem Romae quaesitum est.”

¹³⁶ Liv.8.18.4.

¹³⁷ Liv.8.18.8.: „...cum ea medicamenta salubria esse contenderent,” vö: XII táblás törvény: 8.25. (D.50.16.236.pr. Gai.)

¹³⁸ Liv.39.41.5.: Kr.e. 184-ben „...quaestiones veneficii...” ekkor kétezer embert ítélték el, míg Kr.e. 180-ban „...et veneficii quaestio...” során (40.37.4.) pedig háromezret (40.43.3.),

Egyéb crimenek

Csak említés szintjén találkozunk az előbbi részben már említett, a XII táblás törvényben szereplő egyéb *crimenek*kel: A hamis tanúzás¹³⁹ (ide értve a hamis vádat is) előfordult, ugyanakkor ez Liviusnál mindig kötődik egy másik (emberölési) perhez,¹⁴⁰ így ezeket korábban már tárgyaltam. Más, önállóan szereplő hamis vád tárgyában indított ügyre csak egy bizonytalan utalást találunk M. Manlius ügyével kapcsolatban Kr.e. 385-ben. A megindult eljárás során azonban a súlyosabb hazaárulási ügy miatt ez utóbbi a háttérben maradt.¹⁴¹ A tűzvésszokozást¹⁴² Livius csak két helyen említi, Pleminius a börtönből állítólag a tűzvésszel okozott zűrzavar során akart megszökni,¹⁴³ ha igaz az, hogy nem végezték ki korábban; illetve a bacchanáliák elleni fellépés során a hatóságok tartottak a tűzvésszokozástól.¹⁴⁴

A jogfejlődésre szolgáló példa, hogy megjelentek azon eljárások, melyeket a külön törvényekben meghatározott, a közföldre¹⁴⁵ és közlegelőre¹⁴⁶ vonatkozó maximális birtoknagyságot előíró rendelkezések megszegése miatt indítottak, ide értve a Livius által csak „bírságként” említett, de annak alapjául nem nevesített ügyekben indult eljárásokat is.¹⁴⁷ Szintén ide sorolhatók az uzsora¹⁴⁸ és a gabonával való üzérkedés¹⁴⁹ miatti perek is.¹⁵⁰

A nemi erkölcs ellen bűncselekmények közül a *stuprum*¹⁵¹ bűncselekménye is megjelenik, amit férfi és nő egyaránt elkövethetett, az üldözésben csak eljárásjogi szempontból volt különbség, de ellenpéldát is találunk ugyanis előfor-

¹³⁹ XII táblás törvény: 8.23. (Gell. 20.1.53.)

¹⁴⁰ Liv.3.29.6.: Kr.e. 458-ban Volscius ellen „...*falsi testis*...”, Liv.4.21.4.: Kr.e.436-ban Minucius ellen „...*falsis criminibus a Minucio circumventum Maelium arguens*...”

¹⁴¹ Liv.6.16.1.: Kr.e. 385-ben M. Manlius az atyát vádolta meg közlopással hamisan: „...*falso crimine senatus oblataeque vani furti invidiae*...”

¹⁴² XII táblás törvény: 8.10.

¹⁴³ Liv.29.22.10.: Kr.e. 204 „...*quos pretio corruperat, aliquot locis urbem incendere*...”, Liv.34.44.7: Kr.e. 194-ben is említi: „...*qui pluribus simul locis urbis nocte incendia facerent*.”

¹⁴⁴ Liv.39.14.10.: Kr.e. 186-ban: „...*ne qui nocturni coetus fierent*...”

¹⁴⁵ Liv.7.16.9.: Kr.e. 357-ben Stolo ellen 10.000 as: „...*cum filio possideret emancipandoque filium fraudem legi fecisset*...”, Liv.10.13.14.: Kr.e. 298-ban.

¹⁴⁶ Liv.10.23.13.: Kr.e. 295-ben „...*pecuariis damnatis*...”, Liv.10.47.4.: Kr.e. 292-ben, Liv.33.42.10.: Kr.e. 196-ban, Liv.35.10.12.: Kr.e. 193-ban.

¹⁴⁷ Liv.24.16.19.: utalás Kr.e. 214-re, Liv.27.6.19.: Kr.e. 210-ben, Liv.30.39.8.: Kr.e. 202-ben, Liv.31.50.2.: Kr.e. 200-ban, Liv.38.35.6.: Kr.e. 189-ben.

¹⁴⁸ Liv.10.23.12.: Kr.e.295-ben „...*aliquot feneratoribus diem dixerunt*...”, Liv.35.41.9. Kr.e. 192-ben: „*ludicata in faeneratores*”

¹⁴⁹ Liv.38.35.5.: Kr.e. 189-ben „...*ex pecunia qua frumentarios ob annonam compressam damnarunt*...”

¹⁵⁰ Nem tartozott ide a *coercitio* keretében való fellépés: Liv.32.27.3.: Kr.e. 198-ben M. Porcius Cato Szardínia szigetén: „...*fugatique ex insula faeneratores et sumptus*,”

¹⁵¹ MOMMSEN: i. m. 694. p.

dultak olyan esetek is, amikor a nők¹⁵² ügyében is a népgyűlés járt el, holott erre egyébként csak férfiak ügyében volt szükség.¹⁵³

Összefoglalás

Összefoglalásképpen megállapíthatjuk, hogy a Livius munkájában található *crimenek* megfelelnek a korai jog kevésbé differenciált rendszerének: a *crimenek* többsége ha nem az emberölés, akkor a tágan értelmezett hazaárulás tényállása alá sorolható. A XII táblás törvényben szabályozott egyéb *crimenek* előfordulása Livius művében csekély, majdnem elhanyagolható. Ezt nyilván az is indokolja, hogy a történetíró számára a politikai jellegű hazaárulási ügyek voltak a legérdekesebbek. Az eljárások vonatkozásában tisztán kirajzolódik az a kép, hogy a vádemelés¹⁵⁴ vagy annak elmaradása¹⁵⁵ a vádelejtés¹⁵⁶ illetve a marasztalás¹⁵⁷ (marasztalás esetén még a büntetés mértéke is¹⁵⁸) vagy a felmentés¹⁵⁹ nagymértékben függött a per megindulásakor fennálló politikai helyzettől,¹⁶⁰ az érintettek politikai kapcsolataitól¹⁶¹ illetve a vádlott népszerűségétől¹⁶² vagy népszerűtlenségétől,¹⁶³ bár a népszerűség sem volt mindig elég a felmentés-

¹⁵² Liv.10.31.9.: Kr.e. 295-ben ellenpélda „...aliquot matronas ad populum stupri damnatus pecunia multavit...”, Liv.25.2.9.: Kr.e. 213-ban: „...aliquot matronas apud populum probi accusarunt, quaedam ex eis damnas in exilium ererunt...”

¹⁵³ Liv.8.22.2.: Kr.e. 328-ban hűsadamány mert korábban felmentették: „...populo viscreatio data a M. Flavio in funere matris...” Liv.8.22.3.: „...quod eum die dicta ab aedilibus crimine stupratae matris familiae absolvisset.”

¹⁵⁴ Liv.5.12. 1.: Kr.e.401-ben M' Sergius és L. Verginius ,

¹⁵⁵ Liv.4.40.9.:Kr.e. 423, ill. Liv.4.42.9. Kr.e. 422 egyik évben sem emelnek C. Sempronius ellen,

¹⁵⁶ Liv.24.43.3.: Kr.e. 214-ben a többi néptribunus fellépésére,

¹⁵⁷ Liv.3.31.6.: Kr.e. 454-ben T. Romilius és C. Veturius, Liv.4.41.10.: Kr.e. 423-ban M. Postumiust elítélték, de társát felmentették.

¹⁵⁸ Liv.26.3.8.: Kr.e. 212-ben Cn. Fulvius volt praetor ügyében csak a második tárgyaláson váltottak át pénzbüntetésről halálbüntetés vádjavaslatára, amit a vádlott hiába próbált megakadályozni.

¹⁵⁹ Liv.2.52.8.: Kr.e. 474-ben Sp. Servilius, Liv.4.41.10.: Kr.e. 423-ban T. Quinctiust felmentették, míg társát elítélték.

¹⁶⁰ Liv.25.3.11.: Kr.e. 213-ban Postumius és társai ellen még nem indult eljárás, csak egy évvel később (Liv.37.58.1) Kr.e. 189-ben elejtették a vádat M' Acilio Glabrio ellen, miután a vádlott visszalépett a cenzori tisztségre bejelentett pályázatától, Liv.43.2.11.: Kr.e. 171-ben az első *repetunda* ügyben a patronusok és a praetor is akadályozták az eljárást.

¹⁶¹ Liv.42.22.7.: Kr.e. 173-ban Popilius érdekében családja és az egyik konzul is közbenjárt a praetornál.

¹⁶² Liv.4.21.5.: Kr.e. 436-ban L. Minucius és Ser. Ahala, Liv.9.34.25: Kr.e. 310-ben Appius Claudius volt censor ellen, Liv.38.51.12.: Kr.e. 187-ben P. Scipio elszabotálta a népgyűlést, Liv.43.16.16: Kr.e. 169-ben Claudius Pulcher cenzort társa, Ti. Sempronius Gracchus közbenjárására mentették fel.

¹⁶³ Liv.5.32.8.: Kr.e. 391-ben M. Furius Camillus ellen, Liv.3.56.2.: Kr.e. 449-ben App. Claudius és Liv.3.58.9.: Sp. Oppius volt decemvirek ellen.

hez.¹⁶⁴ Érdekes kivételt képez az az eset – ami jól mutatja a régi jog szigorúságát és a vádhoz kötöttség elvét is –, miszerint egy kikényszerített eskü miatt maradt el a vádemelés Kr.e. 363-ban.¹⁶⁵ Az említett okok miatt előfordult, hogy nyilvánvalóan elkövetett bűncselekmények büntetés nélkül maradtak, míg egyes esetekben koholt vádak alapján is születtek marasztaló ítéletek. Azonban ezek még a politika által érintett ügyekben is inkább kivételes esetként figyelhetők meg. Ezen ügyek többségére is igaz az, hogy ugyan néha csak évek múlva, de mégis bekövetkezett a felelősségre vonás, a politikailag nem érintett ügyekben pedig mindig sor került arra.

Irodalomjegyzék

- CICERO: *De re publica*. The Loeb Classical Library, London, 1988, ford: C.W.Keyes.
- LIVIVS: *A római nép története a város alapításától*. Budapest, 1982 ford: Kiss Ferencné, Muraközi Gyula.
- LIVIVS: *Ab urbe condita I–XIV*. The Loeb Classical Library, London, 1968–1984, ford: B.O. Foster, E. T. Sage, F.G. Moore, A.C. Schlesinger.
- PLUTARCHOS: *Vitae II*. The Loeb Classical Library, London 1985, ford: Bernadette Perrin.
- POLYBIOS: *Historia I*. The Loeb Classic Library, London 1979, ford: W.R. Paton.
- A Tizenkétáblás Törvény töredékei*. Fordította és összeállította: Zlinszky János, Budapest, 1991.
- BAUMAN, RICHARD A.: *Crime and Punishment in Ancient Rome*. London and New York, 1996.
- MOMMSEN, THEODOR: *Römisches Strafrecht*. Akademische Druck- und Verlagsanstalt Graz, 1955 (a Duncker & Humblot 1899-es kiadás reprint kiadása).
- ZLINSZKY JÁNOS: *Római Büntetőjog*. Budapest, 1991.

¹⁶⁴ Liv.6.20.11.: Kr.e. 385-ben M. Manliust a Capitolium korábbi megment

ISTVÁN BAJÁNHÁZY

ÖFFENTLICHE STRAFTATEN (CRIMINA) IN DEN WERKEN VON
TITUS LIVIUS

(Zusammenfassung)

Titus Livius hat sein Werk als Historiker geschrieben, doch können wir daraus wertvolle Informationen für die Rechtsfragen und Rechtsentwicklung der ersten Jahrhunderten der römischen Republik gewinnen. Livius berichtet uns in unserem Thema hauptsächlich über Rechtsprozesse, die mehr oder wenige politische Auswirkungen hatten. Die Mehrheit der Stellen berichten uns über verschiedenen *Perduellio*-Tatbeständen. Mordprozesse sind relativ wenig und alle anderen *crimina* wurden nur selten erwähnt (z.B. Brandstiftungen im Zusammenhang mit dem Pleminius-Prozeß, diese Stelle ist jedoch fraglich. Während des berühmten Bacchanalia-Prozesses sind auch Fälschungen und auch andere schwere *crimina* ans Licht gekommen.)

Perduellio im engsten Sinne ist das Landesverrat: Gemeinschaft mit dem Landesfeinden, Überlauf. Bei Livius sind doch die meisten Tatbestände in breiterem Sinne zu verstehen: auch der Aufstand der Soldaten (*seditio*) gehört dazu, obwohl diese Fälle meistens durch die Koerzitionsmacht der Feldherren bestraft worden sind, wurden doch ausnahmsweise auch solche Strafprozesse geführt. Der Schlachtverlust der Feldherren wurde meistens nur mit Geldstrafen in Höhe von etwa 10.000–15.000 Assen bestraft. Wenn aber der Verlust mit der Feigheit des Feldherren zusammenhing, wurde der Mulpprozess zum Kapitalverfahren umgewandelt (z.B: gegen Cn. Fulvius im Jahre 211 v.Chr.). Weitere Tatbestände im Zusammenhang mit der Kriegsführung waren die Verletzungen der Beamtenpflichten (unerlaubte Kriegsführung, Überschreitung der Provinzgrenzen, Plünderung und auch Ausnutzung der Arbeitskraft der Soldaten für Privatsache). Verletzungen der Beamtenpflichten kamen auch in den Friedenszeiten vor, etwa Überschreiten der Machtausübung auch in Zeit oder in Zuständigkeit, Nichtausübung der Macht, oder Bestechung und *repetunda*. Die *repetunda* war am Anfang kein Delikt, weil die *peregrini* keinen Rechtsschutz gegen die Willkür der römischen Beamten gehabt haben. Erst im Jahre 171 v. Chr. berichtet uns Livius von dem ersten Repetundaprozeß, als über ein durch den Senat erlaubtes Spezialverfahren. Zum *perduellio*-Tatbestände zählt sich einige Handlungen durch den Wahlkampf, auch unerlaubte Bewerbungen während des Wahlkampfs, der *ambitus*.

Im Bereich des *sacrilegium* kennen wir die Prozesse gegen Pleminius 205 v. Chr. und Lucretius 170 v. Chr., aber Flaccus der Zensor hat kurz nach seiner Tat Selbstmord begangen.

Peculatus kam auch oft vor: wir kennen den Prozeß gegen Camillus, gegen die beiden Scipiones und auch gegen Glabrio. Nicht einmal die berühmtesten und erfolgreichsten Feldherren konnten die Verurteilung vorbeugen. Berühmt ist der Prozeß gegen Pleminius und seine Mittäter, der zuerst nur wegen *peculatus* begonnen wurde und sie nur später nach der Störung der Volksversammlung wegen *perduellionis* bestraft wurden.

Über Mordprozesse (*parricidium*) berichtet uns Livius nur selten; nur dann, wenn es einen politischen Zusammenhang gab: Caeso ist ins Exil gegangen im Jahre 461 v.Chr., aber die Tötung Maelius von Servilius Ahala ist von dem Diktator für gerecht gehalten worden im Jahre 436 v.Chr., obwohl kein Mordverfahren darauf gefolgt hat. Die Giftmischerei wurde zwar auch im Zwölftafelgesetz erwähnt, über den ersten solchen Prozeß wurde bei Livius aus dem Jahre 331 v. Chr. berichtet.

NADJA EL BEHEIRI

A censor tevékenységének büntetőjogi jellege

I. Bevezetés

Mommsen óta általánosan elfogadott az a nézet, miszerint a római censor tevékenysége az ún. *regimen morum* keretében nem sorolható a büntetőjog kategóriájába. Ugyanakkor nem tagadható, hogy a censor által kiszabott szankciókat az érintettek büntetésként élhették meg.¹

Zlinszky János a „Római büntetőjog” című kismonográfiájában a büntetőjog fogalom-meghatározását a szankció szempontjából kíséri meg. E szerint a polgári jogi szankció célja a jogellenes eredmény megszüntetése, ezzel szemben a büntetőjogi szankció az elkövető cselekvőre, illetve mulasztóra szab ki hátrányos következményeket.²

A censor intézkedéseinél az említett célokon túl a büntetésnek egy másik eleme került előtérbe. Azon keresztül, hogy a magisztratusok egy szenátort, egy lovagot, vagy kivételes esetekben egy egyszerű polgárt – általában a res publicának egy „minősített” tagját – szankcióval sújtottak, és az eseményt megfelelő publicitással látták el, megfogalmazták a közösség által elvárt magatartási normákat, és egyidejűleg a köztudatba is átültették azokat. Az ilyen jellegű szankciók, Pólay Elemér szavaival élve, ha nem is voltak azonosak a büntetésekkel, mégis nagyon közel álltak hozzájuk.³

¹ MANFRED NOWAK tanulmánya címében a büntető intézkedésekre utal. *Die Strafverhängungen der Zensoren*. Diss. Breslu, 1909.

² ZLINSZKY JÁNOS: *Római Büntetőjog*. 9. Nemzeti Tankönyvkiadó, Budapest, 1991.

³ PÓLAY ELEMÉR: A censori *regimen morum* és az ún. házi bírászkodás. *Acta Jur. et Pol. Szeged*, 1967, 3.

II.

1. Ami szerény tisztségként indult, a legmagasabb hivatal lett

Livius a censori tisztségnek bevezetéséről szóló beszámolójában, kezdetben szerény tisztségnek nevezi a censori hivatalt, amely azonban annyira megerősödött, hogy az erkölcsök és a római nép életmódja fölött felügyeletet gyakoroló intézménnyé vált.⁴ A censor az erkölcsfelügyeleten kívül még számos más feladatot is ellátott, azonban a tisztség magas tekintélyét a források egyértelműen a *regimen morum* keretében gyakorolt hatáskörrel hozzák összefüggésbe.⁵ Amikor a censori tisztség fejlődéstörténetét figyelemmel kísérjük, láthatjuk, hogy jelentősége az idők folyamán egyre jobban megnövekedett. A tisztség kialakulásában az egyes a hivatalt betöltő személyek meghatározó szerepet játszottak. A magisztratus feladatköre abban az ütemben nőtt, amelyben a történelem során egy-egy tehetséges államférfi bukkant fel, aki a hivatalát másoknál valamivel nagyobb küldetéstudattal látta el.⁶

Az első, ebben az értelemben meghatározó személyiség M. Furis Camillus censor volt Kr. e. 403-ban, akit Livius más összefüggésben *parens patriae conditorque alter urbis*nek nevezett.⁷ Camillus censorként, tevékenységét nem csak a pusztá népszámlására korlátozta, hanem egy újítást is bevezetett, melynek értelmében magasabb adó fizetésére kötelezte azokat, akik előrehaladott életkoruk ellenére nem éltek házasságban.⁸ Ezt az intézkedést azonban még nem lehet egyértelműen az erkölcsfelügyelet címszó alá sorolni,⁹ de ugyanakkor rögzíthetjük azt az esetet egy nagyon korai időkből származó példaként, amikor is a censorok hátrányos következmények kiszabása révén, a polgárokat római házasságban élésre kívánták buzdítani.

A következő kiemelt jelentőséggel bíró tisztségviselővel majdnem egy évszázaddal később találkozunk, Appius Claudius személyében. Appius Claudius censori működése nem csupán arról híres, hogy a via Appia építését vitte végbe, hanem az ő nevéhez kapcsolódik a Lex Ovinia meghozatala is, amely a *lectio*

⁴ Liv. 4,8,1 sk.: „Idem hic annus censurae initium fuit, rei a parva origine ortae, quae deinde tanto incremento aucta est, ut morum disciplinaeque Romanae penes eam regimen, senatus equitumque centuriis decoris dedecorisque discrimen sub ditione eius magistratus, ius publicorum privatorumque locorum, vectigalia populi Romani sub nutu atque arbitrio eius essent”.

⁵ Vö. Liv. 4,8; Liv. 40,46,1: „Non obliti sumus, censores, vos paulo ante ab universo populo Romo moribus nostris praepositos esse, et nos a vobis et admoneri et regi, non vos a nobis debere”. E beszédrészlet abban az összefüggésben hangzott el, hogy a két censort a kollegiális egység betartására szólították fel.

⁶ Ezzel kapcsolatban emlékezzünk Cicero szavaira, miszerint a res publica sok személy tehetőségére épül. Vö. Cic. de rep. 1,1: „innumerabilis viros, quorum singuli salutis hiuc civitati fuerunt”.

⁷ Liv. 7,1,10

⁸ Val. Max. 2,9,1.

⁹ Ezt teszi EBERHARD SCHMÄHLING: *Die Sittenaufsicht der Zensoren*. 16.

senatus-t a censor hatáskörébe utalta, és így a regimen morum-ot politikai eszközként vezette be. A Lex Ovinia lehetőséget biztosított arra, hogy egy senátort kizárjanak a *senatus*ból, ha életvitelét nem tekintették megfelelőnek.

Az első híres eset, amikor a censorok ezzel a lehetőséggel éltek C. Fabricius Luscinus hivatali idejéből származik. Fabricius Kr. e. 275-ben Q. Aemilius Papussal töltötte be tisztségét.¹⁰ Fabricius P. Cornelius Rufiniust azért zárták ki a *senatus*ból, mert 10 pond ezüstöt találtak nála. Ettől az időponttól kezdve erre az eseményre a római szerénységet ábrázoló jelképként számtalanszor hivatkoztak.

Az első alkalom, amikor a censorok nem csak senatorok, hanem lovagok ellen is felléptek, 252-re¹¹ tehető, amikor több mint négyszáz fiatal lovagtól elvették lovukat, és a legalacsonyabb osztályba taszították őket, mert azok a közmunkákhoz való hozzájárulásukat megtagadták. Érdekes momentum, hogy a censorok intézkedése a consulok felszólítására történt.

Rendkívül fontos még C. Flaminius censori tevékenysége is, annak ellenére, hogy az ő hivatali idejéből nem tudunk a regimen morum-mal kapcsolatos szankciókról. A *censura* fontossága a Lex Claudia de nave senatorum-ból ered, amely a senatornak és gyermekeinek megtiltja a hajók használatát. A tilalom indoklásaként azt hozzák fel, hogy *quaestus omnis patribus indecorus visus*.

Kétségtől az egyik leghíresebb censorként M. Porcius Catót ismerjük. Ő az idők változását felismerve, intézkedéseit szigorú hangnemben megtartott beszédekkel kísérte. Későbbi időkben a fiatalabbik Africanus említhető meg, aki mindenáron az ősök szigorához szeretett volna visszatérni, még kollégája véleményének elhanyagolása árán is.¹²

2. A censori tisztséggel kapcsolatos törvények

Annak bizonyítékaul, hogy a censori tiszt – mint minden római közéleti pálya csúcspontját jelentő tisztség – egy hosszabb fejlődési folyamatnak volt az eredménye, az a tény is alapjául szolgál, hogy a tisztséggel kapcsolatban négy törvény ismeretes. Ez a római törvényhozási viszonyokhoz képest rendkívül magas számot jelent. A Lex Aemilia Mamercina (Kr. e. 434) a censori tisztség hivatali idejét határozza meg. A Lex Publilia Philonis de censore plebeio creando azt tartalmazza, hogy a két kolléga közül az egyiknek plebeiusnak kell lennie. A már említett Lex Ovinia a *lectio senatus*t utalja a censor hatáskörébe. Végül a tisztség hanyatlása idejéből származik a Lex Clodia (Kr. e. 58), amely a censor

¹⁰ A legelső eset, amikor a censorok egy senátort a *senatus*ból kitesztették, Kr. e. 307-ből származik. A censorok L. Annius-t a *senatus*ból zárták ki, mert feleségét a családi tanács meghallgatása nélkül eltaszította magától. Val. Max. 2.9.2.

¹¹ Ez évben M. Valerius Maximus és P. Sempronius Sophus töltötték be a censori tisztséget.

¹² Val. Max. 6,4,2: „*Qui cum haberet consortem censurae Mummius, ut nobilem, ita enervis vitae, pro rostris dixit se ex maiestate rei publicae omnia gesturum, si sibi cives vel dedissent collegam vel non dedissent*”.

büntető tevékenységét egy vádló fellépéséhez akarta kötni. A törvények részletes elemzése azonban túlmutatna jelen tanulmány keretein.

III. A censor által alkalmazott szankciók jellege

Pólay Elemér a censor által alkalmazott szankciókat társadalmi bojkottként határozta meg, amelyeket a tisztségviselő a rendelkezésére álló jogi eszközök segítségével szervezett meg.¹³ A fent leírtak értelmében a senatorokat kitaszították a senatusból, a lovagoktól elvették állami lovukat, a polgárokat pedig alacsonyabb rendű tribusokba sorolták. Emellett még a censorok a polgárokat magasabb adófizetésre is kötelezhették.

A ránk maradt esetek azt mutatják, hogy a magisztrátusok a szankciók kiszabásakor a szankcióval sújtott személyt illetően és a büntetés jellegére vonatkozóan teljesen függetlenek voltak. E függetlenséggel szemben legfeljebb önkorlátozást gyakoroltak. Példaként említhető, hogy a fiatalabbik Africanus, mint censor, csak azért tekintett el egy hamis eskü miatti elmarasztalástól, mert saját magán kívül nem volt tanú az esetre és ő nem akarta egyben a vádló, a tanú és a bíró szerepét is vállalni.

Néhány olyan esetet is ismerünk, amikor egy néptribunus egy censori intézkedéssel kapcsolatban lépett fel, így a cannae-i csatával kapcsolatos bűnök megtorlása után, az egyik főbűnöző, Marcus Metellus néptribunusként szeretett volna bosszút állni a censorokon. Terve azonban a többi néptribunus vétőjoga következtében megghiúsult.

Szintén a cannae-i csata után a Szicíliába száműzött polgárok először a hivatalban lévő promagisztrátushoz fordultak, aki az ügyet a senatus hatáskörébe utalta. Végül a censorok döntését érvényben hagyták. Az eseteket megfigyelve, úgy tűnik, hogy bár a censorok által hozott döntés felülbírálata elvben nem lett volna kizárt, az érintett szervek sohasem éltek e lehetőséggel.

A Lex Clodiával Kr. e. 58-ban e függetlenséget kívánták korlátok közé szorítani, amely azonban a *regimen morum* jellegével nem volt összeegyeztethető, és így a törvény csak egyetlen hivatali ciklusban volt érvényben, majd eltörlésre került.

¹³ PÓLAY ELEMÉR: i. m.

NADJA EL BEHEIRI

DER STRAFRECHTLICHE CHARAKTER DER TÄTIGKEIT DES ZENSOR

(Zusammenfassung)

Die Sanktionen, die der Zensor im Rahmen des sogenannten *regimen morum* verhängte, gehören zwar nicht in die Kategorie des Strafrechts. Es steht dennoch ausser Zweifel, dass sie von den Betroffenen als Strafe erlebt wurden. Ziel der von den Zensoren verhängten Sanktionen war es dadurch, dass sie ein bestimmtes Verhalten eines „qualifizierten“ Mitgliedes der *res publica* mit nachteiligen Folgen belegten und dem Vorfall eine entsprechende Publizität gaben, zur Formulierung eines allgemeinen Verhaltensstandards beizutragen.

BENEDEK FERENC

A felbujtó és a bűnsegéd a római büntetőjog forrásaiban

I. A romanisztika érdeklődésének a *ius privatum*, vagyis a személy- és családjog és a vagyonjog anyagi jogi és az ezek érvényesítésének eszközéül szolgáló perjogi intézmények állnak a homlokterében. Ezt a sok évszázados hagyományt érthetővé teszi, hogy a magánjog a leginkább kidolgozott része a római jog egészének, melynek okai a római jogalkotás történelmi adottságaiban, és a jogfejlesztés ezek által meghatározott sajátos római technikájában rejlenek. Az ősi városállam autarchikus agrártársadalmának viszonyaira szabott szokásjogi és népgyűlési jogalkotás bizonytalan volta és működésének nehézsége miatt nem tudott lépést tartani a hódítások eredményeként létrejött világbirodalom sürgető jogalkotási igényeivel, különösen nem a fokozatosan kibontakozó piacgazdaság jogi formáit nyújtó vagyonjog területén. A korszerű jogalkotás kialakítását az új igényeknek megfelelő jogalkotási szervezet hiányában olyan szervek voltak kénytelenek magukra vállalni, amelyeknek a jogalkalmazás volt alkotmány szerinti feladatuk, nevezetesen előbb a *praetor*, később mellette, illetve helyébe lépve a *princeps*. A polgári igazságszolgáltatás területén *iurisdictio*-val rendelkező praetor írásbeli formulában adta meg a jogvita eldöntésére általa kinevezett laikus *iudex*nek a perprogramot, s hivatalba lépésekor *edictum*ában közzétette azokat az elveket, amelyek szerint hivatalát ellátni fogja, s melyek ekként fokozatosan jogi normákká szilárdultak. Jogalkotó hatalmának elismeréséig a princeps is lényegében jogalkalmazói minőségében, csupán az adott ügyre irányadó döntéseivel (*decretum*, *rescriptum*) vett részt a jogszolgáltatásban, melyek utóbb szokásjogi úton váltak általánosan követendő jogszabályokká.

A római magánjog tényleges megalkotói azonban az említett állami szervek mellett tevékenykedő magánszemélyek, a jogtudósok (*iurisconsulti*, *iurisperiti*) voltak. A *consilium praetoris*, illetve a *consilium principis* tagjaként ők voltak valójában a praetori edictum, a formula-minták és a császári rendeletek megszövegezői, de ezen túl is a peres feleknek és a laikus bírónak adott *responsum* útján tényleges befolyást gyakoroltak a polgári törvénykezés-

re, a szerződéskötésre vonatkozó tanácsaikkal (*cavere*) pedig a mindennapi jogi praxisra. Ennek a sajátos jogképzési módszernek az előnye éppen abban van, hogy mind a jogalkotói, mind pedig a jogalkalmazói procedúrába intézményesen kapcsolja be azokat, akik közhatalmi pozíciót ugyan nem töltöttek be, de magánemberként a jogi szakértelem letéteményesei voltak. Végső soron tehát nekik köszönhető a római magánjog oly tökélyre fejlesztése, hogy az később recipiálva kijelölhette a modern jogfejlődés főbb vonalait.

A büntetőjog területén a magánjoghoz képest jóval szűkebb volt a jogtudósok mozgástere. A büntetőjogi jogalkotásra és jogalkalmazásra ugyanis a hatalmi küzdelmek állásától függően lényegesen erősebb és direktebb a politika befolyása, mint a magánjogban, melynek fejlesztését az állam végeredményben a gyakorlati jogélet szereplőinek engedte át. Az államhatalom közvetlen jelenlétét jelzi, hogy a közjoghoz hasonlóan a büntetőjog alapvetően törvényjog. A legfőbb államhatalmi szervek *leges rogatae*-ban maguk állapítják meg azokat a közösségellenes magatartásokat, amelyeket kiemelkedő társadalomra veszélyességük miatt *crimina publica*ként kívánnak közüldözés alá vonni, s határozzák meg ezek törvényi tényállásait. A mai büntető törvénykönyvekben szankcionált bűncselekmények átfogó elvek alapján felépített rendszerét természetesen nem kérhetjük számon a római büntetőtörvényeken. A különböző korokban, sajátos történelmi körülmények között keletkezett törvényekben, melyeket nem ritkán több évszázad választ el egymástól, nem csupán a tényállások megfogalmazása tekintetében hiányzik az egyöntetűség, de az egyes bűncselekményekre kilátásba helyezett büntetések is a legnagyobb változatosságot mutatják. Hasonló a helyzet a büntetőbíróságokkal és a büntetőeljárással. Egységes büntetőbírószági szervezet híján az egyes bűncselekménytípusokra különböző jogszolgáltató szervek bírnak hatáskörrel, mindegyikük saját eljárási jogát alkalmazva.¹

¹ A római büntetőjog történetéről szóló összefoglaló művek sorában módszertani szempontból ma már túlhaladottnak tekinthető, de anyaggyűjteményként mindmáig használható W. REIN: *Das Kriminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinian* (Leipzig 1844, uny. 1962), A. W. ZUMPT: *Das Kriminalrecht der römischen Republik*, I–II. Bd. (Berlin 1865–69), A. W. ZUMPT: *Der Kriminalprozess der römischen Republik* (Leipzig 1871), G. GEIB: *Römischer Kriminalprozess* (Leipzig 1842), E. LABOULAYE: *Essai sur les lois criminelles des romains* (Paris 1845), C. MAYNZ: *Esquisse historique du droit criminel de l'ancienne Rome* (Bruxelles 1882). A római büntetőjog-történetírás két klasszikusa: TH. MOMMSEN: *Römisches Strafrecht* (Leipzig 1899) és C. FERRINI: *Diritto penale romano. Teorie generali* (Milano 1899). A modern irodalom legismertebb összefoglalásai: S. DI MARZO: *Storia della procedura criminale romana. La giurisdizione dalle origini alle XII Tavole* (Palermo 1898), E. COSTA: *Crimini e pene da Romolo a Giustiniano* (Bologna 1921), G. F. FALCHI: *Diritto penale romano. Dottrine generali* (Padova 1930), G. F. FALCHI: *Diritto penale romano. I singoli reati* (Padova 1932), J. L. STRACHAN-DAVIDSON: *Problems of Roman Criminal Law*, 1–2 vol. (Oxford 1912), U. BRASIELLO: *La repressione penale in diritto romano* (Padova 1937), W. KUNKEL: *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit* (München 1962), C. GIOFFREDI: *I principi del diritto penale romano* (Torino 1970), G. PUGLIESE:

Az előzőkben vázoltakból is szembetűnő, hogy a *crimina publica* tárgyú büntetőperekben nem jut szerephez a jogtudósok respondeáló tevékenysége, mely pedig a magánjog esetében több évszázadon át megtermékenyítője volt a jogfejlesztő jogtudománynak.² Lényegében ez az oka a jogtudósok szembetűnő tartózkodásának a közbűntettek irányában. E megállapítás élét az sem veszi el, hogy a principátus második felében, amidőn a császári *extraordinaria cognitio* egyre inkább teret nyer a büntetőbíráskodás területén is, az új jelenség felkelti egyes jogtudósok érdeklődését. A korból több büntetőjoggal foglalkozó munka ismeretes, részben kevésbé jelentős szerzők tollából, mint az Antoninus Pius alatt tevékenykedő Venuleius Saturninus,³ Volusius Maecianus⁴ vagy az Alexander Severus alatt működő Aemilius Macer,⁵ de jeles klasszikusok is, mint Paulus,⁶ Aelius Marcianus,⁷ valamint Herennius Modestinus.⁸ Ezek a munkák azonban elsősorban az új császári büntetőjog ismertetésére szorítkoznak, anélkül, hogy a juristáknak szerepük lenne a konkrét gyakorlati jogalkalmazásban.

A büntetőjogi praxis mégsem esett ki teljesen a préklasszikus és klasszikus jogtudomány tevékenységi köréből. Ennek oka az, hogy Rómában a bűncselekmények egy igen széles csoportját nem a közösség, hanem csupán az érintett személy magánsérelmének tekintették, aki az elszenvedett sérelem miatt a tettestől magánper keretében, kötelmi *actio poenalis* útján, delictumonként eltérő módszerrel megszabott, pénzbírságot (*poena*) követelhetett. Az ilyen *delicta privata* közös vonása egyrészt a közbűntettekhez képest csekélyebb súlyú társadalomra veszélyesség, másrészt a tömeges előfordulás. Kiépített bűnüldöző apparátus hiányában a római állam a sértettek anyagi érdekelttségének bekapcsolásával vélte ezek visszaszorítását elérhetni. A magándeliktumok látszólag csekély számúak, valójában azonban az *iniuria*, *furtum*, *damnum iniuria datum*, továbbá a prétori *vis ac metus* és *dolus malus* kivétel nélkül gyűjtőtényállások, melyek a személy- és vagyonsértések úgyszólván teljes körét magukban foglalják.

Mivel a *delicta privata* elbírálása az *ordo iudiciorum privatorum* keretében, tehát magánperben történt, a respondeáló jogtudománynak és a jogtudósi elemzésnek, illetve jogfejlesztésnek ugyanolyan lehetőségei nyíltak, mint a

Diritto penale romano, in: V. ARANGIO-RUIZ – A. GUARINO – G. PUGLIESE: Il diritto romano (Roma 1980), ZLINSZKY J.: Római büntetőjog (Bp. 1981).

² M. KASER: Römische Rechtsgeschichte, 2. Aufl. (Göttingen 1986) 121. és köv. p.

³ Venuleius Saturninus: *De iudiciis publicis libri tres*. Töredékeit lásd O. LENEL: Palingenesia Iuris Civilis (Leipzig 1889) 1214–1216. hasáb.

⁴ Volusius Maecianus: *De iudiciis publicis libri XIV* (LENEL, Paling. 587–588. h.)

⁵ Aemilius Macer: *De iudiciis publicis libri II* (LENEL, Paling. 566–570. h.)

⁶ Paulus: *De poenis omnium legum liber*; *De poenis paganorum liber*; *De extraordinariis criminibus liber*; *De poenis militum liber* (LENEL, Paling. 1178–1181. h.)

⁷ Aelius Marcianus: *De iudiciis publicis libri II*; emellett a közbűntettekről szól institúcióinak XIV. könyve is (LENEL, Paling. 670–680. h.)

⁸ Herennius Modestinus: *De poenis libri IV* (LENEL, Paling. 728–731. h.)

magánjog területén általában. Ez a magyarázata, hogy a büntetőjogi fogalomalkotás javarészt e területen ment végbe.

II. Ha egyet is kell értenünk a modern büntetőjog-tudomány képviselőinek azzal a számtalan összefüggésben hangoztatott egyöntetű megállapításával, hogy a büntetőjog módszertanilag következetes, koherens fogalmi rendszerre felépülő intézményrendszere és tudománya csupán a XIX. században a felvilágosodás eszméinek hatása alatt jött létre,⁹ nem tagadható, hogy a modern büntetőjog számos fogalmának kimutatható történelmi előzményei vannak, sőt helyel-közzel a római jog forrásaiban olyan kijelentésekkel is találkozhatunk, amelyek meglepő egyezéseket mutatnak a mai doktrínával. Jóllehet nem definiálják, a klasszikusok ismerik a *delictorum capacitas*, a bűncselekmény beszámíthatóságának fogalmát s a beszámíthatóságot lényegében a mai jogokkal egyezően szabályozzák.¹⁰ A deliktumoknál általában megkívánták a szándék (*dolus*) fennforgását, a gondatlan elkövetést pusztán néhány bűncselekménynél (pl. *damnum iniuria datum*) értékelték. A *dolus* esetében differenciáltak az előre megfontolt és az erős felindulás hatása alatt kialakult szándék között.¹¹ Különböztettek a befejezett bűncselekmény és annak kísérlete között. Általában a *consummata iniuria*-t büntették, a kísérlet büntetése később jelenik meg és általában enyhébb megítélésű.¹² Megjelenik náluk a magatartás és az eredmény közti okozati összefüggés kérdése,¹³ ismerik a büntethetőséget kizáró, illetve azt megszüntető okok főbb eseteit.¹⁴

A büntetőjog általános szabályai és fogalmai sorában, amelyekre fentebb csak jelzésszerűen történt utalás, szövegeinkből kitűnően a római juristákat is foglalkoztatták azok az esetek, melyekben egy adott bűncselekmény (*crimen* vagy *delictum*) többek közreműködésével valósul meg. A mai büntetőjogi doktrína hasonlóképpen a modern büntető kódexek éles határt vonnak az elkövetők körén belül a tettesek és részesek között aszerint, hogy magatartásuk a bűncselekmény teljes törvényi tényállását, illetve annak valamelyik elemét valósítja-e meg, vagy az csupán járulékos közreműködés-e a bűncselekményben. Az előbbi esetben tettességről, több elkövetőnél társtettességről vagy közvetett tettességről, az utóbbiban részességről van szó, melynek két alakzata a felbujtás és a bűnsegély. A felbujtás elkövetési magatartása a bűncselekmény elkövetésére való rábírás, a bűnsegélyé a tettesi alapcselekmény külső feltételeihez való hozzájárulás (fizikai bűnsegély) vagy a tettesi szándék erősí-

⁹ VÁMBÉRY R.: *Büntetőjog* (Bp. 1913) 78. és köv. p.

¹⁰ GIOFFREDI, 85–87. o.

¹¹ Lásd pl. Marcianus a D.48,8,1,3-ban; GIOFFREDI, 75. és köv. p.

¹² MOMMSEN, 95., 97. és 1044. p.; FERRINI, 241. és köv. p.; GIOFFREDI, 95. és köv. p.

¹³ W. NÖRR: *Causa mortis* (München 1986) 122., 206. és köv. p.

¹⁴ MOMMSEN, 65. és köv. p.

tése (pszichikai bűnsegély).¹⁵ A többes elkövetést lényegében ebben az értelemben szabályozza hatályos büntetőjogunk is.¹⁶

A többes elkövetés kérdéskörében tudakolva a római jog felfogását, rendszeresen szembe találjuk magunkat azzal a másutt is megnyilvánuló kettősséggel, amely az intézményi szféra, vagyis az ügy érdemében hozott jogtudósi döntések és az ezeket tükröző fogalmi apparátus között mutatkozik. Szövegeinkben a többes elkövetés lehetséges tényállásainak úgyszólván teljes katalógusát megtaláljuk, sőt a tényleges praxist mutató jogtudósi döntések nagyfokú egyezést mutatnak mai jogfelfogásunkkal. Ezzel szemben az elkövetési alakzatok jelölésére szolgáló szabatos jogi terminológia, néhány kivételtől eltekintve, vagy teljesen hiányzik, vagy csupán kialakulófélben van, jelezvén a jogtudósok próbálkozásait, hogy a köznyelvből kölcsönzött változatos kifejezések közül a legtalálhatóbbnak jogi műértelmet tulajdonítsanak.

Forrásainkból teljes bizonyossággal kitűnik, hogy a rómaiak helyesen vonták meg a határt a tettesség és a részesség tényállásai között azáltal, hogy előbbinél megkívánták, az elkövetői magatartás valósítsa meg az adott bűncselekmény törvényi tényállását vagy annak valamely elemét.¹⁷ Kiváló jogérzőkükről tanúskodik, hogy a családi hatalom vagy *ius imperandi* alatt álló személy bűncselekményre való utasítását nem felbujtásként, hanem a rábíró közvetett tettesi cselekményeként értékeli.

III. Forrásainkban a részesség mindkét alakzatával, a felbujtással és a bűnsegéllyel találkozunk, bár ezek felismerését és egymástól való elhatárolását a kialakulatlan és gyakran ingadozó terminológia megnehezíti. Olyankor, amikor a bűncselekménynél részesek vagy bűnpártolók is közreműködtek, a tettes megjelölésére a köznyelvből vett *princeps delicti*,¹⁸ *princeps atque architectus sceleris*,¹⁹ *principalis reus*²⁰ kifejezések használatosak. Elégge megszilárdultnak látszik az *auctor* jelentése abban az esetben, ha bűnrészességgel kapcsolatban használják, ugyanis ekkor felbujtót kell érteni rajta.²¹ Nehezen értel-

¹⁵ Így a tankönyvirodalom: NAGY F.: *A magyar büntetőjog általános része* (Bp. 2001) 207–268. p.; FÖLDVÁRI J.: *Magyar büntetőjog. Általános rész* (Bp. 2003) 194–206. p. A téma átfogó modern feldolgozása tantörténeti kifejtéssel és összehasonlító jogi kitekintéssel LOSONCZY I.: *A tettesség és részesség a büntetőjog rendszerében* (Bp. 1966) c. monográfiája.

¹⁶ Btk. 19. § *Elkövetők a tettes és a társtettes (tettesek), valamint a felbújtó és a bűnsegéd (részesek)*. 20. § (1) *Tettes az, aki a bűncselekmény törvényi tényállását megvalósítja.* (2) *Társtettesek azok, akik a szándékos bűncselekmény törvényi tényállását, egymás tevékenységéről tudva, közösen valósítják meg.* 21. § (1) *Felbújtó az, aki mást bűncselekmény elkövetésére szándékosan rábír.* (2) *Bűnsegéd az, aki bűncselekmény elkövetéséhez szándékosan segítséget nyújt.*

¹⁷ Lásd Jul. D.9,2,51,2; Gai. D.47,10,34; Ulp. D.9,2,11,2 és D.9,2,11,4; Paul. D.47,2,21,9.

¹⁸ Paul. D.11,3,10 az orgazdával szembeállítva.

¹⁹ Cicero, pro Cluentio, 22,60.

²⁰ Gord. C. 9,2,3 (a. 241), a felbujtótól (*mandator*) megkülönböztetve.

²¹ Ulp. D.9,4,3; Marci. D.48,8,3,4; Cod. Theod. 9,21,2 (a. 321); Cod. Theod. 16,5,63 (a. 425).

mezhetők ellenben az olyan kifejezések mint *sciens, conscii, consortes, socii, participes* olyankor, amidőn a forrásszövegben hiányzik a konkrét tényállás leírása, ezért előfordulásait figyelmen kívül hagyhatjuk. Műértelemben használják viszont forrásaink a részességi cselekmények általános jelölésére a *curare*²² és az *ope consilio*²³ terminusokat.

A *curare* értelmezése nem okoz nehézséget, mivel a mai fogalmaink szerinti felbujtás jelentésben használatos, az *ope consilio* kifejezés ellenben tipizáló gyűjtőneve a részesség valamennyi alakzatának.²⁴ Az *ops* a fizikai bűnségélyt jelenti, a *consilium* pedig adott esetben a felbujtást vagy a pszichikai bűnségély valamilyen megnyilvánulását, miként erről Ulpianustól értesülünk az alábbi forráshelyen:

D.47,2,50,3: *Consilium autem dare videtur qui persuadet et impellit atque instruit consilio ad furtum faciendum; opem fert, qui ministerium atque adiutorium ad subripiendas res praebet.*

A más által elkövetett lopáshoz ezek szerint az ad *consilium*ot, aki „tanácsával” a tolvajt „rábírja” (*persuadet*), „hajtja, buzdítja, sarkallja” (*impellit*), „ellátja, felszereli” (*instruit*) a lopás elkövetésére. A használt kifejezések – melyek közül az első figyelemre méltóan pontos megfelelője a Btk. 21. § (1)-beli „rábír”-nak – nem hagynak kétséget afelől, hogy itt olyan magatartásokról van szó, melyek hatására szánja el magát a tettes a bűncselekmény elkövetésére, vagyis tisztán utalnak a felbujtás tényállására. A *consilium* a dolog természeténél fogva csak szándékosan adható, s megfelel annak a kritériumnak is, hogy konkrét bűncselekmény (esetünkben lopás) elkövetésére irányul. Az *opem ferre* esetében az *adiutorium praebere* kifejezésmód teszi kétségtelenné, hogy itt a társtettség kizárásával csak a fizikai bűnségély jöhet szóba.

A felbujtás és a bűnségély megkülönböztetése az alábbi szövegből kitűnően már a köztársaság korától fogva foglalkoztatta a jogtudósokat:

D.50,16,53,2 Paul.: *Item dubitatum, illa verba 'ope consilio' quemadmodum accipienda sunt, sententiae coniungentium aut separantium. Sed verius est, quod et Labeo ait, separatim accipienda, quia aliud factum est eius qui ope, aliud eius qui consilio furtum facit... Sane post veterum auctoritatem eo perventum est, ut nemo ope videatur*

²² Marci. D.48,4,3; Marci. D.48,8,3,4; Marci. D.48,10,1,2.

²³ Gai 3,202; Pauli Sent. 5,29,1; Hermog. D.48,4,10; Scaev. D.48,5,15 pr.; Ulp. D.47,2,50,1-3; Ulp. D.47,2,36 pr.; Ulp. D.9,2,27,21; Paul. D.47,2,91,1.

²⁴ A római jog terminusainak sorából hiányzik a mai részességnek megfelelő általános fogalom. Ezt pótlandó a jogtudós megelégszik a fogalomkörbe eső jelenségek egyszerű felsorolásával. Hasonló eljárással másutt is találkozni. A régebbi jogban a *familia pecuniaque* a „vagyon” hiányzó általános fogalmát pótolja a *patrimonium*, a *bona* elnevezések megjelenése előtt, miként a *vis ac metus* a megfélemlítést vagy a *senatus populusque Romanus* az államét.

fecisse, nisi et consilium malignum habuerit, nec consilium habuisse noceat, nisi et factum secutum fuerit.

A *veteres*, a köztársasági kor jogászai számára még problematikus volt, hogy az *ope consilio* kifejezés, mely nyelvi alakját tekintve ún. asyndeton, miként értendő, konjunktíve vagy diszjunktíve kell-e elfogadnunk? Labeo, akinek nézetét Paulus is osztja, az utóbbi álláspontot fogadja el, azaz szerinte a felbujtás és a bűnsegély két külön cselekmény, azaz bármelyikük önmagában megvalósítja a részességet. Figyelemre méltó az utolsó mondat megállapítása is: nem lehet bűnsegédnek tekinteni azt, akinél nem forog fenn *consilium malignum*, vagyis valamiféle ártani akarás, másrészt a pusztá bízgatás sem valósít meg önmagában bűncselekményt, ha tett nem követi. Mai szóhasználatból tehát a fizikai bűnsegély megállapításához szükséges a bűnös szándék, illetőleg a felbujtás vagy pszichikai bűnsegély megvalósulásához az alapbűncselekmény elkövetése.

Részben megerősítik a Paulus-szövegben mondottakat, részben a részesség további általános feltételeiről szólnak az alábbi forráshelyek:

D.47,2,50,2 Ulp.: *Recte Pedius ait, sicut nemo furtum facit sine dolo malo, ita nec consilium vel opem ferre sine dolo malo posse.*

D.47,2,91(90),1 Jav.: *Nemo opem aut consilium alii praestare potest, qui ipse furti faciendi consilium capere non potest.*

Az első szövegben Pedius nézetét elfogadva Ulpianus elvi éllel mondja ki a részesség tanának egyik alapelvét, hogy ti. miként a tettesi alapcselekmény (itt a *furtum*) szándékosság (*dolus malus*) nélkül nem követhető el, ugyanúgy a részesség egyik alakzata (*consilium ferre, opem ferre*) sem valósulhat meg a részesi tevékenység szándékossága nélkül. A Javolenus-szöveg viszont a részesség mint elkövetői alakzat járulékos jellegéből kiindulva azt a követelményt fogalmazza meg, hogy nem lehet részességről szó olyankor, amidőn a tettes nem képes felfogni a felkínált tanácsot vagy fizikai jellegű segítséget.

Forrásaink egyébként lépten-nyomon hangoztatják, hogy a részesi szándéknak át kell fogni mind a saját, mind pedig a tettesi magatartást. A felbujtó-
nak és a bűnsegédnek tisztában kell lennie egyrészt a saját, másrészt a tettes magatartásának bűnös voltával, mely követelményt a *dolo malo* fordulattal szokták kifejezni.²⁵

A részességgel általánosságban foglalkozó forrásszövegek mellett találhatók olyanok is, melyek csupán a részesség egyik alakzatára, a felbujtásra vonatkozó kifejezéseket tartalmaznak.

²⁵ Lásd különösen Ulp. D.48,12,2,1; Ulp. D.47,9,3,3; Ulp. D.47,8,4 pr.; Paul. D.48,10,2; Marci. D.48,9,1.

D.43,16,1,12-13 Ulp.: *Deiecisse autem etiam is videtur, qui mandavit vel iussit ut aliquis deiceretur... non enim excusatus est, qui iussu alicuius deiecit, non magis quam si iussu alicuius occidit.*

A szövegben más ösztönzésére elkövetett birtokkivetésről van szó. Ulpianus a tettes mellett a felbújtó (*qui mandavit vel iussit*)²⁶ elkövetői felelősségét is hangsúlyozza, akárcsak azét, aki mást emberölésre bírta rá. Még kategorikusabb az alábbi szöveg fogalmazása:

Pauli Sent. 5,23,10: *Mandatores caedis perinde ut homicidae puniuntur.*

Tehát a tetteszel (*homicida*) azonos büntetés alá esik annak a cselekménye, aki az emberölésre az illetőt rábírta.

D.47,10,11,3 Ulp.: *Si mandatu meo facta sit iniuria, plerique aiunt tam me qui mandavi quam eum qui suscepit iniuriarum teneri.*

Megbízásomból követett el valaki testi sértést. A hivatkozott többségi vélemény szerint a tettes mellett mint rábíró, én is felelek. A szöveg azért figyelemre méltó, mert az azonos felelősség (*iniuriarum teneri*) mellett is tisztán különválasztja a felbújtót (*qui mandavit*) és a tettesi (*qui suscepit*) magatartást.

D.2,1,7,5 Ulp.: *Hoc vero edicto tenetur et qui tollit, quamvis non corruperit; item et qui suis manibus facit et qui alii mandat... et si plures fecerint vel corruperint vel mandaverint, omnes tenebuntur.*

A prétori edictum *de albo corrupto* rubrikája büntettnek nyilvánítja a Forum Romanumon közszemlére kitett, az ediktum szövegét tartalmazó fehérre festett hirdetőtáblák (*album*) megrongálását. Ulpianus szerint büntetés alá esik az is, aki a táblákat nem megrongálta, hanem eltávolította, és pedig nem csupán az, aki a cselekményt saját kezűleg hajtotta végre, hanem az is, aki erre megbízást adott, vagyis a felbújtó. Az utolsó mondat arról szól, hogy miként a cselekmény társtettségben is elkövethető, a felbujtás is eredhet többektől.

A felbujtás bűncselekményi tényállása nem valósulhat meg, ha hiányzik a tettesi alapcselekmény. Ezt a kérdést feszegeti a rabszolgán elkövetett lopás kapcsán az alábbi forráshely:

D.47,3,36 pr. Ulp.: *Qui servo persuasit, ut fugeret, fur non est; nec enim qui alicui malum consilium dedit, furtum facit, non magis quam si ei persuasit, ut se praecipitet aut manus sibi inferat; haec enim furti non admittunt actionem. Sed si alius ei fugam persuaserit, ut ab alio*

²⁶ A *iussit* itt felbujtás értelemben veendő, mivel családfői *ius imperandi* hiánya a tényállásban kizárja a közvetett tettség fennforgását; vö. a II. pont alattiakat.

subripiatur, furti tenebitur is qui persuasit, quasi ope consilio eius furtum factum sit.

Valaki rábeszéli más rabszolgáját, hogy szökjön meg urától. Felmerül a kérdés, lehet-e az illetőt tolvajnak tekinteni? Ulpianus szerint nem, jöllehet a rabszolga *invito domino* került ki ura hatalmából. Hiányzik azonban a birtokbavétel ténye (*contractatio*), továbbá a haszonszerzés (*lucrum facere*) célzata.²⁷ A pusztá szökésre való rábírást tehát a jog éppúgy nem bünteti, mint az öngyilkosságra való rábírást. Más a helyzet, ha a rábírást abból a célból történt, hogy a szökött rabszolgát valaki birtokba tudja venni. Ha ez megtörténik, a furtum tényállása megvalósul, s mivel szándéka a tettesi alapcselekményt is átfogja, a rábíró magatartása felbujtásnak minősül. Ebben az esetben elmondható róla, hogy *ope et consilio eius* lett a furtum végrehajtva.

IV. A felbujtás részességi alakzatainak megjelölésére használt *mandavit vel iussit* kifejezés értelmezése adott esetben elvezeti a juristákat az ún. közvetett tettesség felismeréséhez.

A közvetett tettesség akkor forog fenn, ha valaki olyan személy felhasználásával valósítja meg valamely bűncselekmény törvényi tényállását, aki tettért beszámítási képesség hiánya, kényszer vagy fenyegetés, illetve tévedés miatt felelősségre nem vonható.²⁸ Forrásaink e tárgykörben különösen azokkal az esetekkel foglalkoznak, amidőn valaki tulajdonosi vagy családi teljhatalmát felhasználva parancsolja meg bűncselekmény elkövetését a neki alávetett személynek. Forrásaink magát a felhasználást valamely bűncselekmény elkövetésére *ministeriumnak* nevezik, a felhasznált szubordinált személyt (rabszolga, családtag) pedig *ministernek*, szemben a közvetett tettelssel, a *reus principalisszal*.²⁹

Római viszonyok között kiemelt gyakorlati jelentősége van annak az esetnek, amidőn a parancsot saját urától kapta a rabszolga. Utóbbi gazdájának, akit felette megillet a *ius vitae ac necis*, feltétlen engedelmességgel tartozik. A források nem hagynak kétséget afelől, hogy a gazdától való félelemből elkövetett deliktum tettesének a rabszolga gazdáját tekintik.³⁰ Ulpianus ezt elvi általánosságban, sőt érvként használva jelenti ki.

D.9,4,2,1: *...nam servum nihil deliquisse, qui domino iubenti obtemperavit,*

²⁷ A furtum definíciója Paulus szerint: *Furtum est contractatio fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve* (D.47,2,1,3).

²⁸ Lásd FÖLDVÁRI, 184. és köv. p.

²⁹ Maec. D.29,5,14; Cod. Theod. 9,21,2 (a. 321); Cod. Theod. 9,24,1 (a. 320); C. Just. 1,3,54 (a. 533); C. Just. 1,11,7 (a.451); C. Just. 1,3,54,5.

³⁰ Ulpianus egyik szövegünkben azonosítja azt az esetet, amidőn valaki dolózusan saját kezűleg tart vissza egy dolgot, vagy amidőn ezt családtagjaival téteti: *suis manibus retinuit vel per suos retinuerit* (D.43,16,1,12)

azaz nem követ el bűncselekményt az a rabszolga, aki ura parancsának engedelmeskedik.

A regula-szinten megfogalmazott szabályt konkrét deliktumokra vonatkoztatva is megismétlik.

D.50,17,169 pr. Paul.: *Is damnum dat, qui iubet dare. Eius vero nulla culpa est cui parere necesse est.*

Aulus Gellius, noct. Att. 11,18,24: *Quocirca ne id quidem Sabinus dubitare se ait quin, dominus furti sit condemnandus, qui servo suo, uti furtum faceret, imperavit.*

Paulus a dologrongálás (*damnum iniuria datum*), Sabinus a lopás (*furtum*) esetére szólóan erősíti meg, hogy a mondott deliktumokat az követi el, aki rabszolgájának arra parancsot adott.

A római család sajátos szerkezeténél fogva hasonló helyzete volt a családfő *patria potestas*a alatt álló családfiúnak, így a fentiek reá is vonatkoznak. Az alábbi szöveg mindkettőre érvényesnek mondja ki, hogy nem lehet bűnös akaratról beszélni annál, aki az apa vagy úr parancsának (*imperium*) engedelmeskedik:

D.50,17,4 Ulp.: *Velle non creditur, qui obsequitur imperio patris vel domini.*

Szabad ember is kerülhet olyan helyzetbe, hogy valakit felette *ius imperandi* illet, ezért az illető parancsait követni tartozik:

D.9,2,37 pr. Jav.: *Liber homo si iussu alterius manu iniuriam dedit, actio legis Aquiliae cum eo est qui iussit, si modo ius imperandi habuit; quod si non habuit, cum eo agendum est qui fecit.*

A szövegben arról van szó, hogy szabad ember bántalmazott mást olyasvalaki parancsára, akinek egyébként személyjogi alapon nincsen alárendelve. Elkövetőnek itt is a parancsot adó minősül, feltéve azonban, hogy az illetőnek vele szemben *ius imperandi*ja van.

Azok az esetek tartoznak ide, amidőn valaki olyan hatóság utasítására, parancsára követ el bűncselekményt, akivel szemben engedelmességgel tartozik, mint amilyen a magisztrátus, a bíró vagy a princeps.³¹

³¹ Így a P. Sulpicius meggyilkolásával vádolt személy tettének jogossága mellett azzal is védekezett, hogy a consulok parancsára járt el: *id iussu consulum defendat et eos dicat non modo imperasse, sed rationem quoque ostendisse, quare id facere liceat* (Auctor ad Herennium 1,15). Tacitusnál Suilius principi (ti. Claudiusnak) *paruisse defendebat* (Annales 13,43), Pliniusnál a tartományi helytartó közegei (*ministri*) a *repetundae* tárgyában ellenük folyó perben fellebbvalójuk *imperium*ára hivatkoztak eredményesen (Epistulae 3,9). A nyilván császári iudexről mondja Paulus: *qui iussu iudicis aliquid facit, non videtur dolo malo facere, quia parere necesse erit* (D.50,17,167,1).

A bűncselekményhez eszközül használt rabszolga mentessége a következők alól azonban nem jöhet figyelembe, ha a parancs súlyos bűncselekmény elkövetésére szól. Ilyenkor a mégoly kegyetlen *dominustól* kapott parancs megszegése miatti esetleg nagyon is indokolt félelem sem lehet mentés az elkövetőnek. Alfenus Varus, a jeles köztársaságkori jogtudós általánosságban szól ilyen gyakorlatról, példaként az emberölést hozva fel.

D.44,7,20 pr. Alf.: *Servus non in omnibus rebus sine poena domino dicto audiens esse solet, sicuti si dominus hominem occidere... servum iussisset...*

Hasonló álláspontot képvisel Ulpianus is, aki szerint a büntett akkor nem számítandó be az azt parancsra véghezvivő rabszolgáknak, ha nem olyan *facinus et scelus*ről van szó, mely valamilyen kegyetlenkedéssel (*atrocitate*) jár.

D.50,17,157 pr. Ulp.: *Ad ea quae non habent atrocitatem facinoris vel sceleris, ignoscitur servis, si vel dominis vel his, qui vice dominorum sunt... obtemperaverint.*

A dominátus korában súlyosabb bűncselekmények elkövetésére való kényszerítés esetén már csupán enyhítő körülményként jön figyelembe, hogy a rabszolga ura parancsára cselekedett. Ilyen bűncselekmény pl. a sírgyalázás és csoportos erőszak alkalmazása. A szemléletváltozás oka nyilvánvaló. A kései császári jogalkotás lényegesen könnyít a rabszolgák kiszolgáltatott helyzetén azzal, hogy igyekszik korlátok közé szorítani az úr *dominica potestasát*.³² A gazda kegyetlenségétől való félelem enyhítéssel ezért logikusan lép előtérbe a rabszolga önálló tettessége, amennyiben gazdája parancsára követ el bűncselekményt.

V. A klasszikusok lényegében véve a bűnrészesség másik alakzatát, a bűnsegélyt is a mai büntetőjogok kritériumainak megfelelően tárgyalják.

Így fizikai bűnsegélyről van szó az alábbi szövegekben, melyekben valaki külső feltételek biztosításával járul hozzá a tettesi bűncselekmény megvalósulásához.³³ Itt is szem előtt kell azonban tartanunk azt a másutt is megtapasztalt sajátosságot, melyet a végleges és egységes terminológia hiánya jelent. A mai fogalmaink szerint bűnsegédnek minősülő személyt szövegeink néha *ministernek*, *sociusnak*, máskor *consorsnak*, *particepsnek* nevezik, közreműködését pedig többnyire az *ope* szófordulattal írják le. A kazuisztikus döntésekben gyakran külön megnevezés nélkül a közreműködői ténykedés ismertetése mellett a *quis* névmás utal jelenlétére, s a jurista megelégszik annak

³² A folyamatra lásd M. KASER: *Das römische Privatrecht*, II.: Die nachklassischen Entwicklungen, 2. Aufl. (München 1975), 124. és köv. p.

³³ Vö. FÖLDVÁRI, 194. p.

megállapításával, hogy az adott közreműködő a tettes által megvalósított bűncselekmény szankciói alá esik.

D.47,2,55(54),4 Gai.: *Qui ferramenta sciens commodaverit ad effringendum ostium vel armarium, vel scalam sciens commodaverit ad ascendendum; licet nullum eius consilium principaliter ad furtum faciendum intervenerit, tamen furti actione tenetur.*

Valaki szerszámokat kölcsönöz a betörőnek az ajtó vagy szekrény felfeszítéséhez, illetőleg létrát a behatoláshoz, tisztában lévén azzal (*sciens*), mire fogják őket használni. A szöveg fordulatai (*ad effringendum, ad ascendendum*) a jövőben, s egyúttal mások általi felhasználásra utalnak, így tártstetességről nem lehet szó. Nem jöhet számításba a felbujtás sem – melynél a bűnrészesi felelősség Gaius számára magától értetődik – hiszen a haszonkölcsönbe adó nem adott olyan „útmutatást”, tett olyan „javaslatot” (*consilium*), mely a bűncselekmény elhatározásánál döntően (*principaliter*), mint a tettes elhatározásának kiváltó motívuma játszott volna közre. A szöveg tehát abból a szempontból is figyelmünkre méltó, mert megmondja, mit tekintettek a klasszikus-kori jogtudomány képviselői a felbujtás lényeges ismérveinek.

D.48,9,7 Ulp.: *Si sciente creditore ad scelus committendum pecunia sit subministrata, ut puta si ad veneni mali comparationem vel etiam ut latronibus adgressoribusque daretur, qui patrem interficerent; parricidii poena tenebitur, qui quaesierit pecuniam quique eorum ita crediderint aut a quo ita caverint.*

A családtagok mérget szereznek be és megmérgezik a családfőt, mely cselekedetükkel a *parricidium* büntetést követik el. Kérdés, hogy a *parricidium*ra megállapított büntetés³⁴ alá esnek-e azok, akik a mérge beadásában mint tártstettesek nem vettek ugyan részt, nem is értelmi szerzői (felbujtói) a gáz-tettnek, de a bűncselekmény elkövetéséhez, tudva annak rendeltetéséről, pl. hogy azon a tettesek mérget fognak vásárolni vagy a büntett végrehajtásához bűnözőket fogadnak fel, a szükséges pénzt biztosítják? Ulpianus igenlően válaszol: felel az, aki a pénzt kölcsönadta vagy hitelezte, de az is, aki felhajtotta, feltéve hogy tudott a konkrét tettesek szándékáról.

Egy Marcianustól származó szöveg tovább szélesíti a bűnsegédek körét:

D.48,8,3 pr.: *Eiusdem legis Corneliae de sicariis et veneficiis capite quinto, qui venenum necandi hominis causa fecerit vel vendiderit vel*

³⁴ A *parricidium* a *perduellio* mellett az a bűncselekmény, melyet a római állam elsőként vett közüldözés alá mint *crimen publicum*ot. Nevéből kitűnően (*patri-cidium*) eredetileg csupán a családfő családtagok általi megölését értették rajta, a későbbiek során a praxis fogalmi körébe vonta a szabad emberen elkövetett emberölés (*homicidium*) különböző tényállásait; vö. a Digesta 48,9 *de lege Pompeia de parricidiis* és a Codex 9,17 *de his qui parentes vel liberos occiderunt* titulusait; lásd MOMMSEN, 612. és köv. p., 643. és köv. p.; FALCHI, 165. és köv. p.

habuerit, plectitur. (1) Eiusdem legis poena adfcitur, qui in publicum mala medicamenta vendiderit vel hominis necandi causa habuerit.

A pr.-ban a *lex Cornelia*³⁵ törvényi tényállásáról van szó, melyet az valósít meg, aki avégett hogy vele egy adott személyt megöljenek, mérget állít elő, elad vagy birtokában tart. A bűnsegédi tényállást az (1) alatti szöveg tartalmazza, nevezetesen az emberölésre szánt mérgek nyílt árusítása vagy birtoklása, mégha nincs is tudomása az illetőnek egy készülő konkrét bűncselekményről. Szándéka egyenlőre csak általánosan fogja át a tettesi bűncselekményt, s az csak a tényleges elkövetés után fog realizálódni. De a magatartás felfogható pszichikai bűnsegélyként is, amennyiben alkalmas arra, hogy a tettesben már kialakult elhatározást erősítse.

D.47,2,50,4 Ulp.: *Cum eo, qui pannum rubrum ostendit fugavitque pecus, ut in fures incideret, si quidem dolo malo fecit, furti actio est; sed et si non furti faciendi causa hoc fecit, non debet impunitus esse lusus tam perniciosus; idcirco Labeo scribit in factum dandam actionem.*

Valaki összebeszél a tolvajokkal, hogy a lopást megkönnyítendő, a zsákmányként kiszemelt nyáját egy vörös posztó lobogtatásával széjjelriasztja. A lopás tényállását, a *contrectatio*-t majdan a tolvajok valósítják meg az állatok elhajtásával, a magatartás ezt csupán előmozdítja, tehát fizikai bűnsegély. Más az eset, ha nem ezzel a szándékkal, hanem pl. ostoba tréfából történik a nyáj szétkergetése, mely alkalmat azután mások lopásra használnák ki. Szándék híján a magatartás nem minősül lopáshoz nyújtott bűnsegélynek, hanem Labeo újítása szerint önálló deliktum.

Az esettel, analóg bűnsegélyi tényállásokkal együtt, Gaiusnál is találkozunk:

Gai 3,202: *Interdum furti tenetur qui ipse furtum non fecerit, qualis est cuius ope consilio furtum factum est. In quo numero est qui nummos tibi excussit, ut eos alius subriperet, vel obstitit tibi, ut alius subriperet, aut oves aut boves tuas fugavit, ut alius eas exciperet. Et hoc veteres scripserunt de eo qui panno rubro fugavit armentum.*

Gaius is határozottan megkülönbözteti a tettestől azt, aki maga nem követett el ugyan lopást (*qui ipse furtum non fecerit*), de akinek bűnsegédi közreműködésével (*ope consilio*) lett a lopás véghezvive. Megtudjuk tőle, hogy a vörös posztóval megfutamított szántóökök már a *veteres* példázata, melyhez ő még hozzáteszi a juhok vagy szarvasmarhák lopás megkönnyítése végett bármilyen módon történő szétkergetését. Egy új érdekes példát is felhoz továbbá a bűn-

³⁵ A *lex Cornelia de sicariis et de veneficis* Sulla egyik alkalmi törvénye, mely később mértékadóvá vált, s a banditák és méregkészítők ellen irányult; lásd MOMMSEN, 615. p.; G. ROTONDI: *Leges publicae populi Romani* (Hildesheim 1962), 357. és köv. p.

segédi ténykedés illusztrálására: valaki kezéből kiütik a pénzdarabokat azért, hogy azokat más ellophassa, illetve ha hasonló célból megakadályoznak valakit azzal, hogy elébe állnak, a kezéből kiesett pénz összeszedésében.

A bűnsegéd szándékának a tettesi cselekményre kell irányulnia. Ellenkező esetben magatartása adott körülmények között megvalósíthat ugyan egy másik önálló bűncselekményt, de az bűnsegélyként nem értékelhető, miként az a következő szövegből világosan kitűnik.

D.47,7,54 pr. Paul.: *Qui iniuriae causa ianuam effregit, quamvis inde per alios res amotae sint, non tenetur furti.*

Valaki garázdaságból betöri a ház kapuját. Mások felhasználva a kedvező alkalmat, a házból különböző dolgokat elemelnek. Bár a magatartás szándékos, az elkövető nem bűnsegéde a tolvajoknak, hanem iniuriáért tettesként felel.

D.47,2,39 Ulp.: *Verum est, si meretricem alienam ancillam rapuit quis vel celavit, furtum non esse; nec enim factum quaeritur sed causa faciendi; causa autem faciendi libido fuit, non furtum. Et ideo eum qui fores meretricis effregit libidinis causa, et fures non ab eo inducti sed alias ingressi res egresserunt, furti non teneri...*

A fragmentum első részében az a tényállás, hogy valaki más rabnőjét, aki a prostituált (*meretrix*) mesterségét űzi, megszökteti (*rapuit*), ill. ha önként jött hozzá, ottlétét letagadva elrejt (*celavit*). A magatartás, pusztán külsőleg nézve, megvalósítja a *contrectatio*-t, ami a *furtum* tényállási eleme. Ulpianus mégis tagadja a *furtum* fennforgását, mivel szerinte a tett mellett annak indítékait (*causa faciendi*) is figyelembe kell venni. Az indíték pedig nem a haszonszerzés (*lucrum facere*), hanem a *libido* volt, ami kizárja a cselekmény *furtum*nak való minősítését.³⁶

A fragmentum második tényállása tartozik közvetlenül témánkhoz. Valaki vágyától űzve rátöri az ajtót a szóban forgó nőszemélyre, amit mások arra használnak fel, hogy a házba behatolva a nő dolgait magukhoz vegyék. Az ajtót feltörő itt is megkönnyítette tevékenységével a tettesek munkáját, de mivel szándéka nem lopásra irányult, nem minősül bűnsegélynek, hacsak nem velük összebeszélve engedte be a tolvajokat.

A fizikai bűnsegély mellett viszonylag ritkán találkozunk a pszichikai bűnsegély tényállásaival. Nyilvánvaló, hogy a *consilium* mögött sok esetben ez a bűnsegédi alakzat rejtőzködik, anélkül, hogy a rendelkezésünkre álló források alapján ezt minden esetben teljes bizonyossággal meg tudnánk állapítani.

³⁶ Ami természetesen nem jelenti azt, hogy idegen rabnőn, aki mellel *meretrix*, nem lehetne adott esetben *furtum*ot elkövetni. A források a tárgyban ellentmondásosnak látszanak (vö. D.47,2,83,2 és Pauli Sent. 2,31,12).

Néhány forrásszövegben azonban teljesen nyilvánvalóan vagy nagy valószínűséggel a pszichikai bűnsegély esete forog fenn.

Valentinianus, Theodosius és Arcadius 390-ből való konstitúciójukban arról rendelkeznek, miként kell büntetni a *violencia* bűncselekményét elkövető rabszolgákat, ha azt gazdájuk tudta nélkül (*inscio domino*), tőle való félelmükben (*illi metu*), vagy buzdítására (*exhortatione*) tették. Az első esetben közönséges társtettségéről, a másodikban a gazda közvetett tettességéről van szó. A harmadik esetben a „buzdítás” inkább akaratelhatározást erősítő, mintsem azt kiváltó magatartásnak, tehát pszichikai bűnsegélynek minősíthető (C. 9,12,8; a. 390).

VI. Összegezve azokat a tanulságokat, amelyeket forrásszövegeinkből a római büntetőjogbeli részességre vonatkozóan levonhatunk, szembeötlő, hogy a római juristák többnyire nem a közbűntettekkel, hanem a magándeliktumokkal kapcsolatban jutottak el a büntetőjog általános tanainak körébe eső felismeréseikhez. Ennek alapvetően az az oka, hogy a közbűntettekről esküdtbíróságok előtt folyó büntetőperekben a jogtudósoknak nem jutott szerep, szemben a polgári peres eljárás keretében elbírált magándeliktumokkal, ahol a jogtudósnak módja volt akár a jogszolgáltató magisztrátus tanácsának tagjaként, akár a felek, ill. a laikus bírő számára adott responsumaival bekapcsolódni a törvénykezésbe, s ezen keresztül jogfejlesztésbe.

A többek által elkövetett bűncselekményt tárgyaló szövegeinkben szinte mindenütt megtapasztható az a kettősség, amely a gyakorlati döntések és az intézmények fogalmi megragadása között mutatkozik. Intézményi szinten, azaz döntéseikben a jogtudósok lényegében véve mai büntetőjogunkkal egyezően distingválják a többes elkövetés alakzatai között. A tettesség és részesség között aszerint vonják meg a határt, hogy az elkövetői magatartás egy adott bűncselekmény törvényi tényállásába illik-e, avagy sem. A részességen belül alapjában véve a mai doktrínának megfelelően különböztetik meg a felbújtás és pszichikai bűnsegély, a fizikai bűnsegély és társtettség, a felbújtás, illetve társtettség és a közvetett tettesség tényállásait. Nem kerüli el figyelmüket a tettesi és részesi szándék összefüggésének kérdése sem.

Hasonló pozitívumok nem mondhatók el a büntetőjogi fogalomalkotásról. A jogtudósoknál ugyanis hiányoznak a jogi tényállások jelölésére szolgáló elvont általános fogalmak, mint a tettesség, társtettség, részesség, felbújtás vagy bűnsegély elnevezései, nem szólván az ezeken belüli további megkülönböztetésekről. A juristák megelégednek a jogilag releváns történések leírásával, anélkül hogy azoknak nevet adnának. A jogi fogalomalkotás, amely nyelviileg a történések leírására szolgáló igékből főnevek (deverbatívumok) képzése útján szokott történni, a római jog továbbélése során ment végbe.

FERENC BENEDEK

DER ANSTIFTER UND DER BEIHELFER
IN DEN QUELLEN DES RÖMISCHEN STRAFRECHTS

(Zusammenfassung)

Die Tätigkeit der römischen Juristen hat sich jahrhundertlang im wesentlichen auf das Privatrecht beschränkt und die Klassiker haben das Strafrecht auffällig gemieden. Diese Zurückhaltung ist damit zu erklären, dass die Juristen in der öffentlichen Strafgerichtsbarkeit keine Respondiertätigkeit ausgeübt haben, so beschränkte sich ihre Betätigung auf die Auslegung und Handhabung positiver Normen der verschiedenen Strafgesetze und der für die einzelnen Verbrechen eingerichtete Verfahren. Eine grosse Gruppe von Unrechtstaten wurde aber nicht als Verletzung der Gesamtheit, sondern des Einzelnen als Delikt angesehen, die er im Zivilprozess verfolgen kann. Im Bereich der Praxis des Deliktsrechtes konnte daher die Respondiertätigkeit der Juristen in vollem Umfang zur Geltung kommen. Dieser Umstand hatte zur Folge, dass die allgemeinen Klassikeräusserungen bezüglich Strafrecht grösstenteils aus dem Deliktsrecht herrühren.

Es ist ein auffälliger Dualismus zu beobachten in den Texten, die solche Straftaten behandeln, die unter Mitwirkung mehrerer Personen begangen wurden. Auf institutioneller Ebene, d. h. in den praktischen Entscheidungen, differenzieren die Juristen unter den verschiedenen Arten der Mitwirkung im Grunde genommen im Sinne der heutigen Strafgesetzbücher, ohne jedoch die modernen strafrechtlichen Fachausdrücke zu gebrauchen. Die lässt sich auch im Bereich der Täterschaft und Teilnahme beobachten. Bei den Varianten der gemeinsamen Begehung eines strafbaren Verhaltens ziehen auch die Klassiker eine scharfe Trennlinie je nachdem, ob der Täter an der Verwirklichung eines gesetzlichen Tatbestandes teilnimmt oder bloss an der Begehung eines Deliktes durch eine andere Person mitwirkt.

Eine Mittäterschaft liegt nach den Klassikern, der heutigen Auffassung ähnlich, in dem Falle vor, wenn der Tatbestand von mehreren Personen, die von der Tätigkeit der Beteiligten gegenseitig wissen, erfüllt wird. Beide Formen der Teilnahme, die Anstiftung und die Beihilfe, kommen gleichfalls in zahlreichen Stellen vor. In diesen wird der Teilnehmer mit verschiedenen Wendungen der Gemeinsprache benannt, später erscheinen aber die Bezeichnungen „ope et consilio“ als feste Fachausdrücke, wo die erstere die Beihilfe, die letztere die Anstiftung bedeutet, ebenso wie auch das Wort „curare“. Die Juristen betonen das auch heutzutage geltende Erfordernis, dass sich die Teilnahme ohne Vorsatz nicht verwirklichen kann, dass weiterhin

keine Teilnahme vorliegt, wenn der Täter den angebotenen Ratschlag oder die angebotene psychische Hilfe nicht imstande ist aufzufassen. Der Anstifter müsse zudem mit dem Verschulden seines eigenen Verhaltens, sowie mit dem des Täters in klaren sein. Auch die physische und psychische Beihilfe werden bei den Klassikern nach der heutigen Denkart bewertet, und sie hoben mehrmals hervor, dass sich der Vorsatz des Gehilfen auf die Handlung des Täters richten muss.

Im Gegensatz zu den zutreffenden Differenzierungen in der praktischen Rechtsanwendung, bleiben uns die Klassiker die allgemeinen Begriffsbildungen schuldig. Bei ihnen fehlen solche abstrakte Begriffe, wie zum Beispiel Täterschaft, Mittäterschaft, Teilnahme, Anstiftung, Beihilfe. Die Juristen begnügen sich mit der Beschreibung und präzisen Abgrenzung von rechtlich relevanten Tatbestände, ohne diesen eine abstrakte Benennung geben zu wollen. Die abstrakte Begriffsbildung, meistens aus Verben, die zur Beschreibung der rechtlichen Geschehnisse dienen, Substantive (Deverbativa) zu bilden, wurde als Aufgabe der mittelalterlichen und neuzeitlichen Rechtswissenschaft zuteil.

Emptio spei

I. Az aleatórius szerződések körének meghatározását és rendszerének felépítését a római jog az utókorra hagyományozta feladatul, amit a hatályos kódexek három szabályozási elv mentén oldottak meg. A szabályozottság fokozatai ugyanis a német Ptk-nak a szerződési szabadság elvére alapozó hallgatása, a latin törvénykönyvek általában egymondatos vezérelve, végül az osztrák Ptk. kazuisztikus részletezése által alkotott skálán helyezkednek el:

Code civil: „*Lorsque l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte pour chacune des parties, d'après un événement incertain, le contrat est aléatoire.*” (Art. 1104)

Código civil español: „*Por el contrato aleatorio, una de las partes, o ambas recíprocamente, se obligan a dar o hacer alguna cosa en equivalencia de lo que la otra parte ha de dar o hacer para el caso de un acontecimiento incierto, o que ha de ocurrir en tiempo indeterminado.*” (Art.1790)

ABGB: „*Ein Vertrag, wodurch die Hoffnung eines noch ungewissen Vorteiles versprochen und angenommen wird, ist ein Glücksvertrag. Er gehört, je nachdem etwas dagegen versprochen wird oder nicht, zu den entgeltlichen oder unentgeltlichen Verträgen.*” (§1267)

„*Glücksverträge sind: die Wette; das Spiel und das Los; alle über gehoffte Rechte oder über künftige noch unbestimmte Sachen errichtete Kauf- und andere Verträge; ferner, die Leibrenten; die gesellschaftlichen Versorgungsanstalten; endlich, die Versicherungs- und Bodmereiverträge.*” (§1269)

A római jog azonban nem maradt adós a forgalmi élet leggyakoribb, s ezért legfontosabb szerződéstípusa, az adásvétel kockázati módozatainak szabályozásával.

Az adásvételi rizikó két esetben haladja meg a forgalmi kockázatok általában szokásos mértékét. E kettőben az a közös vonás, hogy a dologi áru a szerződés megkötésekor még nincs meg: *emptio-venditio sine re*.

Az első módozatban az áru mindig valamely dolog, amelynek létrejöttét megelőzően köttetik meg az adásvétel. Ez valójában egy feltételes szerződés,

azaz vételár csak akkor jár, ha a várt dolog utóbb megszületett: *emptio-venditio rei futurae*, illetve *rei speratae*.

A szerződési kockázat azonban a megszokottat különösen nagymértékben haladja meg, amidőn a vevő teljesítési kötelezettsége független attól, hogy az eladó utóbb szolgáltat-e neki valamilyen értékkel bíró árut. A rómaiak szerint ekkor az áru már nem egy dolog, hanem annak reménye csupán.

II. A reményvétel (*emptio spei*) tehát aleatórius és atipikus adásvétel. Esetében az általános adásvételi szabályok így eltérően értelmezendők, vagy egyáltalán nem értelmezhetők. Ennek oka az áru különös voltában keresendő, az ugyanis a pusztá kilátás egy dologra, azaz a szerződés tárgya a vevőnek az általa megszerezni kívánt dolog létrejöttéhez fűződő reménye.

I. A reményvétel sedes materiae-jét a Digeztának az adásvétel megkötésével foglalkozó XVIII. könyv I. titulusában, a 8. fragmentum 1. §-ában találjuk. A szöveget, amelyet Pomponius Sabinus-kommentárjának 9. könyvéből vettek, a témával foglalkozó modern romanisztika is a fő szabályhelynek tartja:¹

Aliquando tamen et sine re venditio intellegitur, veluti cum quasi alea emitur, quod fit cum captum piscium vel avium vel missilium emitur: emptio enim contrahitur etiam si nihil inciderit, quia spei emptio est: et quod missilium nomine eo casu captum est si evictum fuerit, nulla eo nomine ex empto obligatio contrahitur, quia id actum intellegitur.

Néha azonban elképzelhető az eladás [a tárgyat képező] dolog nélkül is: mint afféle kockázat vétetik meg, amint történik a halászsákmány vagy a madár- vagy a missilia-fogás vételekor. Az adásvétel ti. akkor is létrejő, ha semmit nem fognak, mert a remény lett megvéve; és abban az esetben, ha a missilia címén elkapdosott [dolgok] birtokfosztás áldozatául esnének, ezen a címen nem keletkezik a vételből [az eladó terhére] kötelelem, mivel a megegyezés-kor az számításba vehető volt.

Az idézett szöveget elég erőteljesen érintették az interpoláció-gyanúsítások: Vassalli² a »cum quasi alea emitur, quod fit«, Beseler³ pedig a »vel missilium«

¹ Lásd pl. BRAUN: „die wichtigste Quellenstelle” (*Finden die Grundsätze des Kaufes auf die emptio spei Anwendung?* 1896, 16. p.), KNÜTEL: „Grundlage” (Hoffnungskauf und Eviktionshaftung, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte Rom. Abt. (ZSS)* 117. (2000) 445–453. p., 445. p.), DAUBE: „the leading text” (Purchase of a Prospective Haul, *Studi in onore di U. E. Paoli*, 1956, 203–209. p., 204. p.), DE VISSCHER: „les principes fondamentaux” (*La vente de choses futures et la théorie du risque contractuel*. 1914, 14. p.), VASSALLI: „il testo principe” (*Studi giuridici III. La vendita di eredità e la dottrina dell'»emptio spei«*. 1960, 366–378. p., 372. p.), KASER: „Hauptzeugnis” (Erbschafts Kauf und Hoffnungskauf, *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano (BIDR)* 74 (1971) 45–61. p., 47. p.), ARANGIO-RUIZ: „esempi tipici” (*La compravendita. Vol. I.* 1956, 119. p.).

² VASSALLI: *Studi giur.* III, 372. p.

³ BESELER: *Fruges et paleae, Scritti Ferrini III*, 1948, 295. p.

szövegrész klasszikus voltában kételkedik, az »*et quod missilium nomine...*« részlet klasszikusságát pedig mindketten megkérdőjelezi. Arangio-Ruiz⁴ és Daube⁵ ugyanakkor a némelykor túlhajtott interpoláció-kutatás túlzásainak tartják ezeket a szövegkritikai álláspontokat, és az előző szerzőkkel ellentétben az »*emptio spei*« kifejezést is klasszikusnak vélik.⁶

2. Már Gaius felismerte, hogy bizonyos tényállásoknál kérdéses, a felek adásvételt vagy bérletet kötöttek-e.⁷ A reményvétel esetében pedig különösen csábító a gondolat, hogy a *locatio-conductio operarum*mal hozzuk összefüggésbe azt. A halászás (hálódobás, *iactus retis*⁸) és a madarászás (madárfogás, *captus avium*) ugyanúgy alacsony rendű fizikai munkák, miként a munkaszerződés tárgyai is az *operae illiberales*. A *locator operarum* ugyanúgy nem szavatol az eredményért, amint az *emptio spei*nél a *venditor*, ugyanakkor – miként látni fogjuk – mindkettő rendelkezésre állni tartozik. A *merces*-nek ugyanúgy pénzben kell állnia, mint a *pretium*nak. Jelentkezik azonban egy elem, amely oly élesen határolja el a két szünallagmatikus *bonae fidei* kontraktust, hogy teljesen aláassa a párhuzamot erőltető romanisták⁹ koncepcióját: a *conductor operarum* a bért utólagosan és az elvégzett munka arányában fizeti meg, míg a (*spei*) *emptor* a kialakult teljes vételárral feltétel nélkül tartozik. A reményvétel aleatórius, ellenben a munkaszerződés nem aleatórius ügylet.

Nem érdektelen a párhuzamok felvázolása a forrásokbeli reményvételi esetek és a *societas unius rei* között sem.¹⁰ A társaság ezen típusában – mint ismeretes – a *socii* egyetlen közös ügylet lebonyolításában állapodnak meg. A társas célhoz való hozzájárulás aránya megállapodás kérdése, miként az is, hogy a hozzájárulás pénzben, más dolog vagy jog átruházásában vagy pedig munka-

⁴ ARANGIO-RUIZ: *La compravendita*, 119. p.

⁵ DAUBE: *Purchase*, 208. p.: „... the section discussed is worthy of classical jurisprudence.” Ugyanakkor elismeri: „This does not rule out one or two later modifications, ... it may have suffered some”, de ezek szerint csak „slight blemishes”.

⁶ Míg DAUBE pomponiuszi szövegnek, FERRINI egy másik fragmentumra (Ulp. D.19.1.11.18) hivatkozva Salvius Iulianus digesztáiból valónak tartja (FERRINI: *Manuale di Pandette*. 1953, 524. p.). Velük szöges ellentétben BARTOŠEK kijelenti: „l'expression emptio spei ne présente aucun contenu propre, ne produit aucun effet juridique spécial: elle n'est qu'une simple dénomination insérée au texte après coup et artificiellement; ...” (BARTOŠEK: *La spes en droit romain, Revue Internationale des Droits de l'Antiquité (RIDA)* 2 (1949) 19–64. p., 50. p.)

⁷ Inst. Gai 3.145: „... in quibusdam causis quaeri solet, utrum emptio et venditio contrahatur an locatio et conductio.

⁸ Lásd Ulp. D.19.1.11.18.

⁹ Lásd a pandektajogban pl. BECHMANN: *Der Kauf nach gemeinem Recht*. 1884 (Teil 2, Abt. 1), 168–169. p.; továbbá szintén az eredményre való kilátás („Gewinnaussicht”) bizonytalan voltára hivatkozással pl. KNÜTEL (*Hoffnungskauf...*, 450. p.). Ellentétes állásponton van azonban BRAUN, amikor kijelenti: „Alle Begriffsmomente des Kaufes sind bei emptio spei (sic!) vorhanden.” (*Finden...*, 5. p.)

¹⁰ A gondolatot KNÜTEL veti fel a romanisták körében igen vitatott hitelességű *captus missilium* esetére vonatkozólag. Azonban egyfelől nem a *societas unius rei* esetére korlátozza a párhuzamot, másfelől adós marad az indokolással. (*Hoffnungskauf...*, 450. p.)

végzésben álljon. Legyen az említett közös ügylet¹¹ a halászat! Az egyik *socius* pénzzel – amint a reményvételbeli vevő vételárral¹² – tartozik, a másik társ munkavégzéssel – miként az eladó a háló kivetésével – járul hozzá a társasági célhoz. Amennyiben tehát a társak a halászatra úgy szövetkeztek, hogy mindannyian részesednek a fogásból (*captus*), tisztán e társaságfajtával állunk szemben, s ebben az esetben – a munkaszerződéstől eltérően – még az aleatórius jelleg is megvan.¹³ Ha azonban a hálódobás bizonytalan eredményéből csak az egyikük részesül (amiként az *emptio spei*ben természetesen csak a vevő), úgy *societas leonina*val állunk szemben, amely társaságként eselik.

Az eddigiekből kitűnően megállapítható, hogyha a *sedes materiae*-ben felsorolt eseteket akár társaságnak, akár munkaszerződésnek minősítették volna, akkor óhatatlanul szembe kerültek volna az e két szerződéstípusra irányadó normákkal, ezért azok csak egy másik szerződés tényállásai között kaphattak helyet. Valószínűleg éppen azért nyertek adásvételként szabályozást, mert a rómaiak e tényállásokban azt tekintették döntőnek, hogy az egyik fél összecszerően meghatározott pénzt szolgáltat a másik félnek azért, hogy már csak a természet vagy a sors kegyén múlják az utóbbi által kilátásba helyezett valamiféle dolgok tulajdonának megszerzése.

3. Ha egyszer a fenti tényállásokat adásvételnek minősítették, akkor a továbbiakban azt kell vizsgálni, hogy az *emptio-venditio* szabályai mennyiben alkalmazhatók reájuk.

Nyilvánvaló, hogy a leendő halászsákmány, meg hasonlók megvétele nem tartozik a római jog tudományának nagy kérdései közé. Ugyanakkor ez az egyszerű eset is számos érdekes kérdést vet fel.

a) Már az is vita tárgyát képezi az idevágó szakirodalomban, hogy mit tekinthetünk árunak a reményvételben, sőt van-e egyáltalán áru.¹⁴ Az utóbbi kérdésre egyértelmű igen a felelet, az áru mibenlétére vonatkozólag azonban már eltérnek a vélemények. Elvben négyféle álláspont képzelhető el: áru lehet a jövőben előálló dolog pusztá reménye vagy a jövőben előálló dolog maga, ill. mindkettő vagy egyik sem. Mindegyik véleménynek akadtak képviselői, ami a forrásszöveg látszólagos ellentmondásainak tudható be. Könnyen zavaró tényezővé válhatnak ugyanis a következő kijelentések: „*sine re venditio intellegitur*”, „*quasi alea emitur*”, „*captum piscium vel avium vel missilium emitur*” és „*spei emptio est*”. Megáll tehát az eladás a dolog(i áru) nélkül is,

¹¹ Az „ügylet” kifejezés itt nem mint „jogügylet”, hanem mint „ügyködés” szerepel, hiszen reálaktusról van szó.

¹² Inst. 3.23.2: *Item pretium in numerata pecunia consistere debet.*

¹³ Lásd Pomp. D.18.1.8.1: „... si nihil inciderit ...”

¹⁴ BRAUN: „... Frage, ob bei diesem Geschäft ein Kaufobjekt existiere, ...” (*Finden...*, 9. p.)

vagy a felsorolt különféle *captus*-ok mint dolgok az áruk, vagy pedig a kockázat (*alea*), illetve a remény (*spes*)¹⁵ vétetik meg (*emitur*)?

A pandektisták véleménye szinte egyöntetű a tekintetben, hogy itt áruként materiális jószág nem, csakis annak reménye jöhet szóba. A reményt azonban már többféleképpen értelmezik. Még nem tér el a forrásszöveg szoros értelmétől a 17. századi Weidmann, aki szerint az eladó teljesen jogszerűen jár el, ha a vevőre a reményt ruházza.¹⁶ Glück pandektakommentárja szerint a reményvétel egy bizonytalan eredmény pusztá reménye feletti szerződés.¹⁷ Fürbringer már a dolog „elvárásának eladását” használja a reményvétel meghatározásakor.¹⁸ Ezek a felfogások olyannyira uralkodóak voltak, hogy az Allgemeines Preussisches Landrecht egyik tervezetében is megjelentek igen lakonikus tömörséggel: „Hier ist Hoffnung selbst merx...”.¹⁹ Ennek nyomán aztán Puchta szerint a vétel tárgya az a véletlen,²⁰ amelynek következtében a dolog előáll. A szolgáltatásra köteles fél ellenértékként az eredményre való, utóbb akár csalfának is bizonyuló kilátást kapja, így Windscheid²¹.

A modern romanisztikában is a legtöbbször a fenti álláspontot fogadják el. Calonge szerint itt a sors vagy a véletlen a szerződés tárgya, ugyanis a felek viselik a nyereség előálltának vagy elmaradásának veszélyét.²² Valójában nem a jövőbeli dolog, hanem szolgáltatásának valószínűsége az áru Arangio-Ruiz szerint,²³ s ugyane distinkciót követve a beteljesedni képes várakozást tekinti árunak Daube,²⁴ amint Kaser a nyereségre való kilátást.²⁵ Kurz a forrásszöveghez hűen az emptio speit egy dologi áru nélküli adásvételnek (*sine re venditio*) tekinti, amiben „egy *spes*”-t adnak el.²⁶ A többségi álláspont hívei tehát hűen

¹⁵ Az „*alea*” és a „*spes*” (jelen esetben mint jogi műszavak) jelentése megegyező, amint arra pl. CALONGE is rámutat: „... los que realizan un negocio o contrato aleatorio operan con la spes o esperanza de ganancia; por eso la emptio spei es la compra del alea o azar, ...” (*La compraventa...*, 33. p.)

¹⁶ WEIDMANN: „Spes ... iuste et legitime ... transfertur.” (*De emtione spei, Teil III*, 1687)

¹⁷ GLÜCK: „... Vertrag über dir blossse Hoffnung eines ungewissen Gewinnes” (*Erläuterung der Pandekten Teil IV, Abt. I*, 192. p.)

¹⁸ FÜRBRINGER: „Emtio (sic!) spei est contractus consensualis a contrahentibus initus super expectatione rei.” (*De emtione [sic!] spei*, 1714, 7. §.)

¹⁹ Teil I, Titel 11 (SUAREZ)

²⁰ „Zufall” (PUCHTA: *System des gemeinen Zivilrechts*, 1832, 258. §. 1.a)

²¹ WINDSCHEID: „... die Aussicht auf Gewinn, welche sich allerdings nun als trügerisch erweist...” (*Lehrbuch des Pandektenrechts*, 1891, Bd. 2, 405. p.)

²² CALONGE: „La suerte o azar es el objeto; luego las partes aceptan el riesgo de ganancia o pérdida.” (*La compraventa...*, 33. p.)

²³ ARANGIO-RUIZ: „Qui oggetto di vendita non è propriamente la cosa futura, ma le probabilità che si presentano del se e del quanto della sua produzione ...” (*La compravendita...*, 119. p.)

²⁴ DAUBE: „... emptio spei ... is purchase of an expectation, which may or may not materialize, in contradistinction to purchase of a thing.” (*Purchase...*, 206. p.)

²⁵ KASER: „... emptio spei, also ... Kauf der Gewinnaussicht.” (*Erbschafts Kauf...*, 45. p.)

²⁶ KURZ: „... der Kaufgegenstand ein spes ist.” (*Emptio rei speratae pura oder sub condicione?*, *Labeo Rassegna di Diritto Romano [Labeo]* 20 [1974] 194–209. p., 207. p.)

követik az előbbi Digeszta-szöveget, s – nevezzék azt elvárásnak, véletlennek, sorsnak, kilátásnak, valószínűségnek vagy várakozásnak – egy immateriális jószágot, a reményt tekintik árunak.

A forgalmi élet iratlan törvényszerűségeiből táplálkozóknak tekintik álláspontjukat azok, akik a vétel tárgyának magát a jövőben előálló dolgot tekintik, mert úgy érvelnek, hogy a vevő nyilvánvalóan nem reményt akart venni magának, hanem halat, vadat vagy a missiliákat.²⁷ Érveiket olyannyira meggyőzőnek vélik, hogy sorra adósak maradnak annak magyarázatával, hogy ha nem az áru specialitása, akkor mi az oka annak, hogy a felek kötelezettségeinél az *emptio-venditio* általános szabályaihoz képest a reményvételben igen jelentős eltérések mutatkoznak. A reményvételbeli szolgáltatás-ellenszolgáltatás egyenértékűségéről a 18. század elején írott opuscu-lumában fejti ki Cramerus, hogy a vevő bizony nem mást vett, mint halat a halásztól, aki nem reményt ígért adni. A jelentősebb pandektisták közül Bechmann azáltal, hogy a reményvételt egy speciális *emptio rei futurae*-nek titulálja,²⁸ nemcsak megszünteti az *emptio spei* önálló kategóriájának létjogosultságát, hanem fel is forgatja a szerződéskötéskor még meg nem lévő dolgok adásvételének általánosan elfogadott hármass felosztását (*emptio rei futurae, rei speratae, spei*) rendszerét. Hofmann a reményt túlságosan illónak, légneműnek nevezi,²⁹ s nem tartja lehetségesnek azt áruként elfogadni. Az általánosan elfogadott, a források szoros értelmén alapuló elméletet egyenesen a „bizarr” jelzővel illeti De Visscher, de meglepően éppen eme források értelmezésére és a józan észre való hivatkozással jelenti ki, hogy „a remény nem lehet a reményvétel tárgya”.³⁰

Elképzelhető még De Visscher szerint olyan megközelítés is, amely arra hivatkozással, hogy a szünallagmán felül a szolgáltatás és ellenszolgáltatás megfelelő érték-arányossága mindenkor feltétel, vagylagosan ugyan, de áruként értelmezi mind a meghatározhatatlan jogi esszenciájú reményt, mind a bizonytalanul előálló dolgot magát úgy, hogy amennyiben üres marad a háló, vagyis „*si nihil inciderit*”, akkor a remény, amennyiben viszont előállott a „*captus*”, akkor a hal, a *missilia* stb. maga volt az áru.³¹ További érvekkel is szolgál, ami-

²⁷ Amint ehhez DE VISSCHER citálja HOFMANN: „... »nul ne serait satisfait« dit Hofmann »si après réussite, le pêcheur disait: vous avez eu l'espérance; quant aux poissons, je les garde pour moi«” (*La vente...*, 21. p.)

²⁸ BECHMANN: „Die emptio spei ist also nicht anderes als eine eigenthümliche Art des Kaufs einer res futura ...” (*Der Kauf...*, 143. p.)

²⁹ HOFMANN: „Hoffnung ist eine zu luftige Ware.” (*Das Perikulum beim Kauf*, 1870, 108. p.)

³⁰ DE VISSCHER: „... la théorie bizarre de la vente d'un espoir, ...” (*La vente...*, 121. p.); „L'interprétation des sources et la saine raison nous amènent donc à cette conclusion: l'espoir ne saurait être l'objet de l'emptio spei.” (*La vente...*, 25. p.); „L'emptio spei n'a point d'autre objet que les choses futures elles-mêmes.” (*La vente...*, 31. p.)

³¹ DE VISSCHER: „La doctrine imagine alors une alternative de deux objets certains. En cas de non-réalisation de la chose, ce sera la spes; en cas de réalisation, la spes encore, mais en relation très étroite avec la chose elle-même, car, cette fois, il fallait mettre celle-ci à la portée des obligations qui naissent du contrat. Grâce à la dualité de l'objet, il y aura toujours un équivalent

kor kijelenti, hogy minden adásvétel, így az *emptio spei* is feltételes szerződés, amelynek tárgya a feltétel bekövetkeztéig szükségképpen a jövőben előálló dolog reménye, a feltétel bekövetkeztével (vagyis ha van eredmény: fogás, azaz *captus*) viszont a dolog maga.³²

A reményvételbeli árucikk mibenlétére nézve elvileg egy negyedik álláspont is lehetséges. Ez sem a dolog reményét, sem a dolgot magát áruként nem fogadja el, mert nem is beszél árurol, hiszen az *emptio spei* tényállásaiban nem adásvételt, hanem a fent ismertetettek szerint munkaszerződést vagy egyfajta társaságot vél felfedezni.

A szerteágazó nézetek áttekintése után a leghelyesebbnek az tűnik, ha a források szoros értelménél maradva, az *emptio spei*-nél árunak egy, a szerződéskötéskor még nem létező dolog előálltának a pusztá reményét tekintjük. Hibásak ugyanis azok az álláspontok, amelyek rá akarják erőltetni az *emptio-venditio* általános szabályait a reményvétel speciális tényállásaira. A vevő ugyanis itt azért fizet vételárat, hogy már csak a sors szeszélyén vagy pusztán a természet kegyén múljon az, hogy a kilátásba helyezett dolgok felett tulajdont szerezhesen: az *emptio spei* egy aleatórius szerződés, s kockázati jellege éppen ebben áll.

A kilátásba helyezett dolgok a forrásszöveg szerint: a *captus piscium* (halfogás), a *captus avium* (madárfogás), a *captus missilium*,³³ illetve a vadász-zsákmány.³⁴

Az első kettő és az utolsó példa nem szorul különösebb magyarázatra, ugyanakkor van egy eset, amely felett nem könnyű ítéletet mondani. Nevezetesen, mi a helyzet akkor, ha a hálóba vagy a csapdába olyan nagy értékkel bíró dolog kerül, amely a szerződéskötéskor a felek által nem volt előrelátható. Plutarkhosz Szolónról írott életrajzában³⁵ olvashatjuk azt a delfoi jósdá elé került esetet, amelyre még a Hét Görög Bölcs sem talált megoldást. Egy milétoszi halásztól valaki megvette a következő fogását. A hálóba azonban nem csak halak kerültek, hanem belesodródott egy arany tripusz (τρίπους)³⁶ is. Kit illet a „kincs”: a halászt vagy a vevőt? Nem találván megoldást, a görögök jogászi

du prix; grâce à l'alternative, on garde à la convention une élasticité qui répond d'une façon approximative à la notion d'incertitude." (*La vente...*, 29-30. p.)

³² DE VISSCHER: „L'emptio spei est envisagée comme une vente conditionnelle ..., il n'y a point de ventes parfaites, toute vente est conditionnelle!" (*La vente...*, 68. p.); „Quand bien même la chose n'arriverait pas à l'existence, l'emptio spei trouve son objet dans cette chose conçue comme probable." (*La vente...*, 72. p.)

³³ Az első hármat hozza: Pomp. D.18.1.8.1.

³⁴ Ulp. D.19.1.11.18: „...emimus...indaginem plagis positis a venatore...”

³⁵ 4,4,3: „... χρυσους εφάνη τρίπους ?ελκόμενος ...” (Lásd BESELER: *Fruges...*, 295. p.)

³⁶ A tripusz a görög mitológiában Püthia széke volt, valójában egy háromlábú, rendszerint bronzból készült üst, amelyet a Kr.e. 6. századig áldozati adományként, illetve fogadalmi ajándékként használtak Athénben. (Der kleine Pauly Lexikon der Antike IV, s.v. *tripus*)

vénájára jellemző módon, a kincset Apollón istennek ajánlották fel.³⁷ A rómaiak azonban már könnyűszerrel választ adtak a kérdésre: attól függ, hogyan állapodtak meg a felek, azaz a következő halfogás, vagy a következő hálövetés került-e megvételre.³⁸ Meglepő, de ez az eset rímel egy hatályos magánjogi kódex, az 1870-es Civil Code Louisiana 1995. január 1-én hatályba lépett módosítására.³⁹ A CC Louis. 2451. artikulusában („Sale of Hope”) ugyanis mintha a D.18.1.8.1. fragmentum angol fordítását lelnénk, amelyet úgy módosítottak, hogy az megoldást nyújt arra az esetre is, ha más dolgok is a hálóba kerülnének, mint amiket a felek a szerződés megkötésekor vártak.⁴⁰

A *captus missilium* forráspéldája azonban már igényel némi magyarázatot. A római köztársaság korának végétől szokásba jött, hogy a konzulok (később a princeps, végül már a vagyonos magánszemélyek is) a nép közé, kegye megszerzéséért, különféle rendezvényeken, az utcán, a színházban pénzt,⁴¹ ajándéktárgyakat⁴² vagy ún. *tesserae*-t⁴³ szórtak. A kiszórt értéktárgyak összefoglaló forrásszerű elnevezése a *missilia*, az eseményé pedig a pandektisztika révén elterjedt, nem forrásszerű *iactus missilium*.⁴⁴ A reményvétel ebben az esetben azt jelenti, hogy eladó az, aki a következő „*iactus missilium*kor” összekapkod majd bizonyos értéktárgyakat, és azokat a vevőnek eladja. Az aleatórius jelleget Seneca sorai világítják meg, amikor Fortunát egy olyan emberhez hasonlítja, aki „a csöcselék közé ajándékot szór, melyek közül néhány szétszakad, amint egymás közt cibálják azokat, másokat elrángatnak attól aki már megszerezte, párat meg csalárd szövetkezők kaparintanak meg a többi orra elől”.⁴⁵

A sikeres *captus*, vagyis „az eredmény” igen kétséges tehát, illetéknépp a vevő a vételárért cserébe olyan helyzetbe kerül, amikor csak a sors szeszélye, a természet kegye dönt afelől, hogy a vevő szerezi-e valaminő dolgok felett tulajdont, vagy sem. A forráshelyben megjelölt áru tehát nyilvánvalóan a jövőben előálló dolog pusztá reménye.

b) Ezt támasztják alá az eladó kötelezettségeiről szóló fragmentumok⁴⁶ is, amelyek alapján megállapítható, hogy az általános adásvételi szabályokhoz

³⁷ Szellemes analógiát idéz DAUBE: „this rather reminiscent of the way in which a great judge settled a dispute between two co-owners of an egg, who wanted to divide it: he made a little hole, drank the contents, and handed to each of the litigants one half of the shell.” (Purchase..., 203. p.)

³⁸ Lásd pl. Valer. Maxim. 4.1.7; Diog. Laert. 1.1.27.

³⁹ Lásd KNÜTEL: *Hoffnungskauf*..., 439. p.

⁴⁰ CC Louis. Art. 2451: „... the buyer is entitled to whatever is caught in the net, ...”

⁴¹ Pomp. D.41.7.5.1: „... aes spargere...”

⁴² Inst. 2.1.46: „...missilia iactare in vulgus...”

⁴³ Ezek pl. fürdőbe, cirkuszba, amfiteátrumba való belépésre jogosító fém-, illetve falemezkek, lásd Martial. 8.78.9-10.

⁴⁴ Lásd BENEDEK: *Iactus missilium*, Sodalitas V (*Scritti in onore di A. Guarino*), 1984, 2109–2129. p.

⁴⁵ Lásd Seneca Epistulae 74,56.

⁴⁶ Pomp. D.18.1.8.1 és Cels. D.19.1.12.

képest jelentősen módosulnak az eladói kötelezettségek. Erről szól az alábbi Celsus-szöveg:

D.19.1.12: *Si iactum retis emero et iactare retem piscator noluit, incertum eius rei aestimandum est: si quod extraxit piscium reddere mihi noluit, id aestimari debet quod extraxit.*

Hogyha a háló kivetését veszem meg, és a halász nem akarta hálóját kivetni, úgy ennek a cselekménynek a bizonytalan értéke a felbecsülendő; míg ha a kifogott halat részemre [vissza-/oda]adni nem akarta, akkor felbecsülni azt kell, amit kifogott.

Az eladói kötelezettségek a szerződés *bonae fidei* jellegéből következnek.⁴⁷ A kötelmi jogi értelemben vett *bona fides* ugyanis megköveteli az adóstól a szerződésben kifejezetten felvállalt kötelezettségeken túl a forgalmi tisztességnek megfelelő eljárást, vagyis jelen esetben azt, hogy az eladó egyfajta munkát (tengerre szállás, illetve hálóvetés) végezzen. Az eladó tehát arra köteles, hogy minden tőle telhetőt megtegyen azért, hogy a vevő szerzése csak a természet jóindulatán múljon. Köteles tehát egyrészt a hálóját kivetni, másrészt – ha volt – a fogást a vevőnek átadni.

A többi forráspéldára nyilván per analogiam alkalmazhatóak e szabályok, így pl. a *captus missilium* eladója is köteles mindent megtenni a siker érdekében: megjelenni az eseményen („tengerre szállni”), ott „hálóját kivetni”, és a *captus*-t a vevőnek átadni. A forrás szavaival élve az eladó a dolog szolgáltatására csak akkor köteles, „*si ... inciderit*”, azaz ha fogott valamit. Ha ellenben a vevőnek a neki szerződésszerűen járó zsákmányt nem akarja átadni, akkor kártérítési igénye keletkezik, amelynek mértéke a kifogott zsákmánynak a bíró által felbecsült értéke („*...aestimari debet quod extraxit*”).

A dolog természetéből következik, hogy eladói kellékszavatosságról csak *emptio-venditio rei*, azaz dologvétel esetén beszélhetünk. A vevőnek elállás (*redhibitoria*) vagy vételárcsökkenés (*quanti minoris*) lehetősége áll nyitva a rejtett hiba vagy az eladó állította tulajdonság hiánya esetére. A reményvételben a kellékszavatosság azonban eleve kizárt, mert a reménynek rejtett hibája vagy állított tulajdonsága el nem képzelhető. Ha a háló ki nem vetését gondolnánk netán szavatossági esetként értékelni,⁴⁸ szembekerülnénk Celsus világos döntésével, amely szerint olyankor, amidőn „*iactare retem piscator noluit*”, a vevőt nem szavatossági igény, hanem kártérítés illeti, amelynek mértékét egy szokásos fogás pénzbeli egyenértékében a bíró állapítja meg („*incertum eius rei*”).

⁴⁷ BRAUN: *Finden...*, 42–43. p.

⁴⁸ ... amely zsákutcába nem nehéz betévedni, hiszen a háló ki nem vetése az árut, a reményt egy olyan tulajdonságától, ti. az alaposságától, fosztja meg, amely hiányában „kellékhibáról” beszélhetnénk, s éppen Celsus mondja ki: „*impossibile nulla obligatio est*” (D.50.17.185), márpedig halfogás hálóvetés nélkül *impossibile*.

aestimandum est”). Az eladói kellékszavatosság a reményvétel esetében tehát kizárandó.⁴⁹

Teljesen nyilvánvaló, hogy eladói jogszatosságról sem beszélhetünk.⁵⁰ Mindenekelőtt azért, mert a vétel tárgya, a remény önmagában immateriális jellegű, jogszatosságról pedig értelemszerűen (mivel érvényesítésére dologi keresetek szolgálnak) csak dolgok adásvételénél beszélhetünk. De mégha a jövőben előálló dolgokat tekintenénk is árucikkeknek, akkor sem lenne értelme itt jogszatosságról beszélni, hiszen a halász, vadász, madarász eredeti tulajdonosok,⁵¹ mert *occupatio* útján jutottak a zsákmányhoz, a *missilia* pedig egy olyan speciális *res derelicta*,⁵² amely felett az azt birtokba vevő a jog szerint⁵³ a birtokbavétel tényével (*statim*) szerez tulajdont.⁵⁴ Így az árun harmadik személy tulajdon- vagy idegen dologbeli jogának fennállását a jogi képtelenségek világába kell utalnunk.

c) A vevő kötelezettségeiről az Ulpianus-tól származó alábbi szövegrészlet szól:

D.19.1.11.18:... *Neque enim bonae fidei contractus hac patitur conventione, ut emptor rem admitteret et pretium venditor retineret. nisi forte, ..., ut venditor nummos accipiat, quamvis merx ad emptorem non pertineat, veluti cum futurum iactum retis a piscatore emimus aut indaginem plagis positis a venatore, vel pantheram ab aucupe: nam etiamsi nihil capit, nihilo minus emptor pretium praestare necesse habebit: ...*

... Bonae fidei szerződés nem tűr olyan megállapodást, hogy a vevő olyan jutván az áruhoz, az eladó a vételárat megtarthatja. Kivéve talán, ..., hogyha az eladó átveszi a vételárat, ámbar a vevőhöz az áru el nem jutott; amidőn például a halásztól vesszük meg hálójának jövőbeni kivetését, vagy a vadásztól az általa felállított csapda zsákmányát vagy a madarász [leendő] zsákmányát. Bizony mégha semmit nem fognak, a vevő a vételár megfizetésével tartozik.

⁴⁹ Amint BRAUN is megjegyzi: „... Nichthaftung des Verkäufers für Fehler und Mängel” (*Finden...*, 52. p.)

⁵⁰ RICCA-BARBERIS: Ancora sull’efficacia del »pactum de non praestanda evictione«, *Studi de Francisci II*, 1956, 24. p.

⁵¹ Érdekes a D.19.1.12 „*reddere*” szóhasználat. Amennyiben annak „visszaadni” jelentésváltoztatát fogadjuk el, a halász stb. - jöllehet okkupál (!) - nem is szerez tulajdont, mert a zsákmányt a vevőnek visszaadja. Hogyha azonban az a szerződéskötéstől kezdve a vevőnek tekintetik, jogszatosságról sincs értelme beszélni.

⁵² BENEDEK: *lactus...*, 2111–2112. p.

⁵³ Lásd Inst. 2.1.46 vagy Gai. D.41.1.9.7: „... *statim eum dominum effici(un)t.*”

⁵⁴ KNÜTEL a sedes materiae utolsó tagmondatában található *evictio*-t elperlésként, DAUBE elragadásként, birtokfosztásként értelmezi. DAUBE érvelése tisztább és életszerűbb, az *evinco*=elgyőz ige eredeti „elragad” jelentéséből indul ki, így a sedes materiae utolsó tagmondata illeszkedik a *iactus missilium*-ról szóló Digesta-törödékek egységes szerkezetébe (lásd a két töredéket az előző lábjegyzetben).

Konszenzuális szerződés lévén, a kötelem létrejön, ha a felek az ügylet lényeges elemeiben – árban és vételárban – megállapodtak. A vevő főkötelezettsége a vételár (*pretium*) szolgáltatása. A vételárnak pénzbelinek (*numerata pecunia*), meghatározottnak (*certum*), valóságosnak (*verum*) és mértékét tekintve, legalábbis a jusztniánuszi jogban, a piaci ár felét meghaladónak kell lennie.⁵⁵ A reményvétel esetében is pénzbeli, meghatározott és valóságos a vételár, azonban a felértüli sérelem (*laesio enormis*) mint a szerződés felbontásához vezető körülmény csak akkor jöhetne szóba, ha egyáltalán lenne a reménynek szokásos piaci ára.⁵⁶

Amint a forrás is utal rá, itt nem a vételár jellemzőit találhatjuk különlegesenek, hanem a vételárfizetés feltétlenségét, vagyis azt: „*etiamsi nihil capit, nihilo minus emptor pretium praestare necesse habebit*”. Annak magyarázata, hogy miért tartozik a vevő a vételárral akkor is, ha semmiféle eredmény nem mutatkozik, két körülményben keresendő. Az egyik, hogy – amint egy Paulus-tól vett töredék is utal rá⁵⁷ – a vételár szabad alku tárgya, s ráadásul az ilyenkor szokásos kisebb csalafintaságok is megengedettek. A reményvételnél a felek nyilván figyelembe veszik, hogy a vételár ellenértéke, a remény nehezen felbecsülhető, és a „dologszerzés” magas kockázata miatt a vételárat eleve alacsony összegben állapítják meg. A másik pedig az, hogy amennyiben az eladó a szerződésnek eleget téve teljesítette kötelezettségét: a hálóját kivetette, csapdát állított, igyekezett a missiliákat elkapkodni, s bár igyekezetét a természet játéka folytán nem koronázta siker, komoly erőfeszítéseit akkor is honorálni kell a szerződés *bonae fidei* jellegéből következően.⁵⁸

A reményvételnél a kárviselés szabályait is sajátosan kell értelmezni. *Emptio reiné*, azaz dologvételnél a vevő a megvett, de még át nem vett áru *vis maior* okozta pusztulásának veszélyét viseli, azaz a kialkudott vételárral dologpusztulás esetében is tartozik. *Emptio speinél* azonban a vevő a dolog létrejöttének elmaradásából származó kár veszélyét viseli.⁵⁹

Az eddigiek alapján megállapítható, hogy a D.18.1.8.1-ben foglalt tényállások egy olyan, atipikusnak nevezhető adásvétel esetei, amelyben vagy egyáltalán nem vagy nem a megszokott módon értelmezhetők az áruszolgáltatási köte-

⁵⁵ Lásd Inst. Gai 3.139–141 (ugyanígy jusztniánusziéi) és C.4.44.2.

⁵⁶ Többek között emiatt jegyzé meg KASER (in: *Erbschafts Kauf...*, 50. p.): „... ist kein Geschäft des normalen Wirtschaftablaufs, sondern Spekulation, nicht anders als das heutige Differenzgeschäft”. (Kérdés persze, hogy a spekulatív ügyletek mennyiben nem normális elemei a forgalmi életnek.)

⁵⁷ Paul. D.19.2.22.3: „*in emendo et vendendo naturaliter concessum est ... invicem se circumscribere*”.

⁵⁸ Így tehát a szerződés nyilvánvalóan szünallagmatikus, s még a szembenálló szolgáltatások értékarányossága is bizonyos mértékig megvan.

⁵⁹ BECHMANN: „... der Käufer vertragsmässig die Gefahr der Nichtexistenz des Kaufobjects übernimmt.” (*Der Kauf...*, 254. p.)

lezettség, a jog- és kellékszavatosság, a vételárfizetés, a *laesio enormis*⁶⁰ és a kárviselés szabályai, s mindezek okát abban találhatjuk, hogy az áru nem fizikai, hanem pszichikai szubsztancia, a remény.⁶¹

4. A reményvétel tekintetében a modern kodifikációk⁶² többnyire a római jog álláspontját fogadják el. Az a szabályozásbeli különbség, hogy egyes kódexek reményvételről, mások aleatórius szerződésről „beszélnek”, valójában csak formális. Az eltérés okát a reményvétel sedes materiae-jének (D.18.1.8.1) kettős szóhasználatában jelölhetjük meg, az ugyanis a „*spei emptio est*” és a „*quasi alea emitur*” kifejezéseket mint azonos jelentésűeket használja.⁶³ A germán jogterület kódexei a reményt (*spes*) tekintik vételi tárgynak, ennek megfelelően „reményvételt” szabályoznak,⁶⁴ míg a latin jogterület törvénykönyvei – árunak a kockázatot (*alea*) fogadván el – „aleatórius szerződésekről”⁶⁵ rendelkeznek. Néhány magánjogi kódexben ugyanakkor nem találunk a kérdésre vonatkozó külön szabályozást.⁶⁶

A klasszikus római jogi *emptio spei* érdekes módon jelenik meg az Egyesült Államokbeli Louisiana Állam polgári jogi kódexében. A 2451. szakaszban a Pomp. D.18.1.8.1. fragmentumnak – amint fent szó volt róla – szinte pontos fordítását találjuk: „*A hope may be the object of a contract of sale. Thus a*

⁶⁰ A Codice Civile pl. kizárja a „lesione” szabályainak alkalmazását az ilyen, ún. aleatórius szerződésekre: „*Non possono essere rescissi per causa di lesione i contratti aleatori.*” (Art. 1448)

⁶¹ Hasonló megállapításra jut BRAUN is: „... die Grundsätze des Kaufes, abgesehen von denjenigen ..., die sich mit dem eigenthümlichen Kaufobjekte, welches die Hoffnung thatsächlich ist, nicht vertragen, regelmässig und mit Notwendigkeit auf die emptio spei Anwendung finden.” (Finden..., 53. p.)

⁶² A példákat BRAUN (Finden..., 53–56. p.) és KNÜTEL (Hoffnungskauf..., 439. p.) hozzák.

⁶³ S mint láttuk a „*spes*” és az „*alea*” mint jogi műszók szinonimák. (CALONGE: *La compraventa*..., 33. p.)

⁶⁴ Így „Hoffnungskauf”-ról rendelkezik pl. a történelmi ApLR 528. §-a, illetve önálló alcím viseli a „Hoffnungskauf” megjelölést az osztrák Ptk-ban, amely amellett, hogy szinte bőbeszédűen tárgyalja – s ezen alcím alatt! – pl. a hagyatékvételt, a reményvételt a következő módon definiálja: „*Wer für ein bestimmtes Mass von einem künftigen Ertragnisse einen verhältnismässigen Preis verspricht, schliesst einen ordentlichen Kaufvertrag.*” (ABGB § 1275).

⁶⁵ „*Contrat aléatoire*”: Code Civil Art.1104; „*contrato aleatorio*”: Código Civil español Art. 1790; Codice civile: „*Qualora le parti non abbiano voluto concludere un contratto aleatorio, la vendita è nulla, se la cosa non viene ad esistenza.*” (Art. 1472; a kommentár a tőzsdeügyleteket – „*contr. di borsa*” – is ide sorolja) stb.

⁶⁶ A magyar jog egy jövőbeli dolog („nyeremény”) feltétlen vételárfizetés („*pénz fizetése vagy vagyoni érték nyújtása*”) melletti adásvételét szerencsejétékként szabályozza, ahol a dolog előállta, azaz „*a nyereség vagy a veszteség kizárólag vagy túlnyomórészt a véletlentől függ*” [a szerencsejáték szervezéséről szóló 1991. évi XXXIV. tv. 1. § (1) bek.]. Hazai Polgári Törvénykönyvünk semmilyen összefüggésben nem szól a reményvételről, és a kommentár is hallgat róla.

A BGB esetében csak a kommentár (lásd Palandt BGB: a 433. §-nál az 1/a/bb és 1/f pontokban) szól – a jövőbeli dolgok adásvételének speciális alakzataként – „Hoffnungskauf”-ról (ahol „Kaufpreis ist auch geschuldet, wenn Sache nicht entsteht”, ez a „Sache” itt: Gewinnchance=Chance=Hoffnung).

fisherman may sell a haul of his net before he throws it. In that case the buyer is entitled to whatever is caught in the net, according to the parties' expectations, and even if nothing is caught, the sale is valid."⁶⁷ Louisianában gyakorlattá vált, hogy olajkonszernek úgy vásárolják fel a földtulajdonosoktól a kőolajat, hogy nem a földet magát veszik meg, hanem az abban rejlő bizonytalan mennyiséget. Időnként feltehetően csalódniuk kellett: vagy nem volt olaj vagy nem olaj volt, amit találtak. Kártérítési perek indultak, s a bíróságok nem találtak megfelelő normát az igényérvényesítés alapjául, így per analogiam ezt a bizonyos „pomponiuszi szakaszt” rendelték alkalmazni!⁶⁸

III. Az *emptio spei* tehát aleatórius adásvételi szerződés, amely kockázati jelleget annak révén ölt, hogy a vevő a feltétlenül fizetendő, fix vételárért az eladótól a megszerezni kívánt, jövőben előálló dolog pusztá reményét kapja cserébe. Az eladó a kötelmi jogi *bona fides* elvének megfelelően köteles mindent megtenni annak érdekében, hogy a vevőt olyan helyzetbe hozza, hogy a reménybeli dolgokat az egyedül és kizárólag a természet erőitől vagy a sors szeszélyétől függően szerezhesse meg. Nem tartozik az eladó sem kellék-, sem jogszavatossággal, és dologszolgáltatással is csak akkor, ha a reménybeli eredmény létrejött. A fix vételárral a vevő akkor is tartozik, ha az eladó a várt dolgot rajta kívül álló okok miatt nem szolgáltatta. A vevői kárviselés a reménybeli dolog létrejötte elmaradásának *periculum*ában kimerül.

A reményvétel ezek szerint atipikus adásvétel, s különlegességének oka az, hogy benne az áru egy a jog világában idegen létező: a remény. A klasszikus római jog szerint a fenti vonásokkal egy jövőbeli hálövetés, madarászás, vadászat vagy missilia-kapkodás eredményének előre meghatározott vételáron történő eladása bír. A római jog azonban a *res* legkülönbözőbb fajtáit engedi adásvétellel tárgyává tenni. Ezek között fellelhetők az eddigieken túl is olyanok, amelyek felett kötött adásvétel ügyleti kockázatának mértéke az általában szokásosat olyannyira meghaladja, hogy a reményvétel körébe vonhatónak látszanak.

I. Kérdéses azonban, hogy a *res corporales* körében, Pomponius és Ulpianus példáin⁶⁹ túl is akadna ilyen. Ellenben ha egy úr szökött rabszolgáját a szökés ideje alatt („*sine re venditio*”⁷⁰), előre meghatározott, fix vételáron, azaz feltétlen vételárfizetés mellett adja el, az rokon vonásokat mutat az *emptio spei*vel. A *servus fugitivus* elfogásáért tett erőfeszítések kimenetele (vagyis a „*captus*”) ugyanúgy bizonytalan, amint pl. a *iactus retis* eredménye,⁷¹ s ameny-

⁶⁷ Lásd KNÜTEL: *Hoffnungskauf*..., 445. p.

⁶⁸ Lásd STEIN: *The Future of Roman Law*, RIDA 41 (1994) Suppl. 179. p.

⁶⁹ Lásd Pomp. D.18.1.8.1; Ulp. D.19.1.11.18; s KASER: „.... Tatbestände der Spekulationsgeschäfte, für die dann der Ertrag des Fisch- oder Vogelfangs, der Jagd oder des iactus missilium die Beispiele abgeben.” (*Erbschafts Kauf*..., 48. p.)

⁷⁰ E kifejezést lásd a *sedes materiae* (Pomp. D.18.1.8.1) első fordulatában.

⁷¹ BECHMANN: „.... der Kauf eines auf der Flucht begriffenen Sklaven in der Weise, dass der Käufer die Gefahr des Einfangens übernimmt.” (*Der Kauf*..., 144. p.); BRAUN: *Der Kauf*..., 20. p.

nyiben a kifizetett vételár az eladónak akkor is jár, ha rabszolgáját utóbb nem is sikerült elfogni, bizonyos, hogy a felek reményvételt kötöttek.

Ezzel szemben Vassalli⁷² szerint nem aleatórius az ilyen adásvétel, mert a szökött rabszolgáját eladó a szerződés megkötésekor bizonyosan tulajdonos (mert a rabszolga a szökés által nem válik uratlanná), nem tulajdonos ellenben a szerződéskötéskor az eladó a forráspéldák esetében. Ez az érv azonban nem tűnik túl meggyőzőnek, mert a „kocka nem a körül forog”, hogy az eladó a szerződéskötéskor tulajdonos volt-e, a reménybeli dolgoknak a vevő általi megszerzése ugyanis nem ezen múlik. A kockázatiság sokkal inkább birtokkal, mint tulajdonnal kapcsolatos kérdéseken alapul. A forráspéldákban az eladó pusztán birtokba lépéssel sajátítja el a dolgot (*occupatio*), az *emptio fugae*⁷³ esetében pedig nincs is kétség az eladó tulajdonosi mivolta felől.⁷⁴ Csak az a kérdés tehát, hogy akadt-e utóbb a hálóból hal, illetve elfogták-e végül a rabszolgát.

Az idevágó szakirodalom véleménye egyöntetű a tekintetben, hogy az adásvételi szerződésnek ez a módja civiljogilag megáll,⁷⁵ de csak civiljogilag. A *lex Fabia de plagiaris*⁷⁶ és egy *senatus consultum*⁷⁷ ugyanis ilyen szerződés megkötését deliktumnak nyilvánítja,⁷⁸ s pénzbüntetéssel sújtja azt az eladót, aki annak szökéséről tudva adta el rabszolgáját.⁷⁹ Szökött rabszolgáról szökése

⁷² Lásd pl. VASSALLI: *Studi giur.* III, 373. és köv. p.

⁷³ Az „*emptio servi fugitivi*” kifejezés szintűgy nem forrásszerű, amint az „*emptio fugae*” is „expresión que ... no aparece en las fuentes” (CALONGE: *La compraventa...*, 46. p.). A forrásszerű kifejezőmód: *fugam vendere*, ill. *fugam servorum suorum vendere*. Ez utóbbival kapcsolatosan írja BECHMANN: „Niemand wird auf dem Gedanken kommen, dass die „Flucht” als solche Kaufobject ist.” (*Der Kauf...*, 144. p.).

⁷⁴ Az eladó szavatol azért, hogy a vevő tulajdont szerezhessen a rabszolga felett. Ezzel kapcsolatban helyesen jegyzi meg VASSALLI, hogy „la differenza dai casi di vendita della spes è manifesta, soprattutto rispetto alla garanzia dell'evizione” (*Studi giur.* III, 374. p.). Ez azonban nem elegendő ok arra, hogy a szökött rabszolga illetén megvételét az aleatórius vételi módok köréből kizárjuk, mert nem a hiányzó jogszavatosság növeli a reményvételi forráspéldái esetében a vevő kockázatát, annak hiánya ugyanis, mint láttuk, a dolgok természetéből fakad.

⁷⁵ Pl. ARANGIO-RUIZ: „... per diritto civile perfettamente valida” (*La compravendita*, 120. p.).

⁷⁶ A *lex Fabia* – már Cicero említi – a köztársaság korából származik (MOMMSEN: *Römisches Strafrecht*, 1899, 780. p.). Főbenjáró büntett (*crimen capitalis*) elkövetőjeként büntetni rendeli azt az eladót, illetve vevőt, aki szabad emberről, annak szabad voltáról tudva, adásvételt kötött (Ulp. D.48.15.1). Megengedett azonban az ilyen szerződés, ha ahhoz a feltételhez kötik, hogy az eladó akkor adja el a szabadot, ha az utóbb rabszolgává lett (Paul. D.18.1.34.2). Ez nyilvánvalóan egy *emptio rei speratae*.

⁷⁷ Lásd BECHMANN: *Der Kauf...*, 144. p.

⁷⁸ Ulp. D.48.15.2.3: „...senatus consulto domini quoque continentur, qui fugam servorum suorum vendiderunt”.

⁷⁹ C.9.20.6: „...certa poena fisco inferendam statuit...”. A tilalom oka feltehetően az, hogy egy menekülő rabszolga elfogásához nem elegendő a természet és a sors kedvező összjátéka (lásd D.18.1.8.1), mert emez tudatosan, s nem – miként a természet vadjai – ösztönösen rejtőzködik, így elfogása a celsusi *impossibillium* (lásd D.50.17.185) határához közelít. Nem volna ezért helyénvaló, tudomással a szökésről, bárminő csekély vételárat is elfogadni.

alatt, előre meghatározott, fix vételáron adásvételt érvényesen kötni tehát nem lehet.⁸⁰

Valószínűnek látszik tehát, hogy nem lehetséges Pomponius és Ulpianus példáin túl olyan, a szerződéskötést követően előálló *res corporales*-t találni, amelyek felett⁸¹ kötött adásvétel az *emptio spei* juttathatná eszünkbe.

2. Adásvételi szerződés tárgya ugyanakkor nemcsak testi dolog, hanem *res incorporalis*, azaz jog is lehet. A szükséges feltételek teljesülése mellett szabadon eladhatók az idegen dologbeli jogok, a kötelmi követelések, s egész vagyonszességek is.

a) Az idegen dologbeli jogok között csupán a személyes szolgalmak visszterhes elidegenítése bírhat az *emptio spei*hez hasonló vonásokkal. Ezek közül is az *usus* kiesik, mert jogának gyakorlását az *usuarius* sem ingyenesen, sem visszterhesen másnak át nem engedheti.⁸²

A haszonélvezet és a lakáshasználat ellenben forgalomképes jogok, bár elidegenítésük nem jöhet szóba,⁸³ hiszen a tulajdonostól e jogot megszerzők (*usufructuarius* illetve *habitor*) jogukat másra nem engedményezhetik,⁸⁴ mert ezt fogalmilag csak a tulajdonos teheti. Aképpen forgalomképesek mégis, hogy a haszonélvező, illetve a lakáshasználó a jog gyakorlását másnak ingyenesen vagy visszterhesen⁸⁵ átengedheti.

Az átengedés ajándékozás, bérbeadás vagy adásvétel útján mehet végbe,⁸⁶ s ezek közül itt az adásvétel az érdekes. A mozzanat, amely az adásvétel ezen esetét a reményvételhez teszi hasonlatossá az, hogy az eladó marad továbbra is a *habitor*, illetve az *usufructuarius*, a jogosult személyében tehát nem áll be változás⁸⁷ (ettől egyfajta „*sine re venditio*”⁸⁸). Emiatt a vevő joggyakorlási lehe-

⁸⁰ Megengedett azonban az eladás akkor, ha a rabszolgát utóbb elfogják (Ulp. D.48.15.2.1-2; C.9.20.6: „*ita vero liceat fugitivum vendere, ut tunc venditio valeat, quando ab emptore requisitus fuerit deprehensus*”), ekkor azonban egy „vegytisztá” *emptio rei speratae*-vel állunk szemben (CALONGE: „*gran similitud*”; *La compraventa*..., 46. p.).

Szintén nem tilalmas eladni a szerződéskötéskor jogosan távol lévő rabszolgát, mert „*aliud est enim abesse, aliud in fuga esse*” (Ulp. D.48.15.2 pr.).

⁸¹ Nem „felettük” köttetik meg a vétel, mert - mint láttuk - nem ezek a testi dolgok az árúk, hanem majdani előálltuk pusztá reménye a vétel tárgya. „*Si ... inciderit*”, az a szerencseszerződésekre jellemző nyereség csupán, nem pedig áru.

⁸² 1.2.5.1: „... *nec ulli alii ius quod habet aut vendere aut locare aut gratis concedere potest, cum is qui usum fructum habet potest haec omnia facere.*”

⁸³ Lásd GROSSO: *Usufrutto*. 1958, 309–324. p.

⁸⁴ Inst. Gai. 2.30: „*Nam dominus proprietatis alii usumfructum in iure cedere potest; ... alii vero in iure cedendo nihilo minus ius suum retinet; creditur enim ea cessione nihil agi.*” és Inst. 2.4.3: „... *si domino proprietatis ab usufructuario cedatur (nam extraneo cedendo nihil agitur)*...”

⁸⁵ A *habitor* csak visszterhesen, lásd Ulp. D.7.8.10 pr.: „... *donare non poterit* ...”.

⁸⁶ Lásd Inst. 2.5.1: „...*vendere...locare...gratis concedere...potest*”

⁸⁷ Lásd pl. ARANGIO-RUIZ: *La compravendita*, 115. p., BECHMANN: *Der Kauf*..., 257. p.

⁸⁸ Lásd Pomp. D.18.1.8.1.

tőségének időbeli korlátai továbbra is az eladó életben léteéhez, sőt szabad voltának vagy római polgárjogának fennálltához tapadnak.⁸⁹

Ezeket a szabályokat foglalja össze briliáns tömörséggel egy Paulus-tól származó Digesza-szöveg, amely különbséget tesz egyszersmind haszonélvezeti jog visszsterhes alapítása és gyakorlásának visszsterhes átengedése között annak sejtetésével, hogy utóbbi esetben rejlik némi aleatórium.⁹⁰

D.18.6.8.2: *Cum usum fructum mihi vendis, interest, utrum ius utendi fruendi, quod solum tuum sit, vendas, an vero in ipsum corpus, quod tuum sit, usum fructum mihi vendas: nam priore casu etiamsi statim morieris, nihil mihi heres tuus debebit, heredi autem meo debebitur, si tu vivis: posteriore casu heredi meo nihil debebitur, heres tuus debebit.*

Mikor haszonélvezetet adsz el nekem, fontos, vajon a haszonélvezet jogát, mit te magad bírsz, adod el, vagy pedig a magad dolga feletti haszonélvezetet. Az előbbi esetben, mégha azonnal meghalsz is, semmivel örökösöd nekem nem fog tartozni, örökösömnek azonban, ha te élsz, követelése lesz. Utóbbi esetben örökösömnek semmi követelése nem lesz, örökösöd tartozni fog.

Mivel a forrásokban megtalálható, nyilván nem tekinthető merőben életszerűtlen és pusztán spekulatív esetnek az, amidőn a jogának gyakorlását vételárért átengedő haszonélvező az adásvétel megkötését követő pillanatban elhalálozik, megszüntetvén ezáltal a vevő további lehetőségét a haszonélvezet gyakorlására. Bár a fenti fragmentum nem említi, megszűnhet a joggyakorlás alapját képező haszonélvezeti jog a haszonélvező *capite deminutus*-szá⁹¹ válásával is. Az ilyen, az eladó személyéhez kapcsolódó jogszünető jogi tények száma befolyásolja a vevő kockázatának mértékét: a római jog – a modern jogokhoz képest – eszerint hátrányosan.

A forrásszövegben „*priore casu*” szereplő vevő kevésbé szerencsésnek mondható, mert „*etiamsi statim morieris [=venditor], nihil mihi heres tuus debebit*”. Ez a vevő tehát éppen úgy járt, mint az eredményes halászatban reménykedő azon *emptor*, ki abban az esetben is tartozik a vételárral, „*si nihil inciderit*”.⁹²

b) A kötelmi követelések adásvétele⁹³ (*emptio actionis/nominis*⁹⁴) nem aleatórius szerződés,⁹⁵ mert a kötelelem alanyaiban beálló változás nem érinti

⁸⁹ Inst. 2.4.3: „*Finitur autem usus fructus morte fructuarii et duabus capitis deminutionibus, maxima et media...*” (Jusztiniánuszt megelőzően még hatalomalattivá válás esetén is „*finitur*”).

⁹⁰ A *habitatio* esetében is, mutatis mutandis.

⁹¹ ... a jusztiniánuszi jogban tehát a *cap. dem. minima* esetét kivéve (Inst. 2.4.3).

⁹² Lásd Pomp. D.18.1.8.1.

⁹³ „Il trasferimento dei crediti ha enorme importanza nella vita economica.” (ROZWADOWSKI: Studi sul trasferimento dei crediti in diritto romano, *BIDR* 76 (1973), 11–170. p., 11. p.)

magát az engedményezett követelést.⁹⁶ Kizárja továbbá a kockázatiságot az eladó (régi hitelező) szavatossága a vevő (új hitelező) felé: visszterhes átruházás esetén az a követelésnek mind a fennállásáért („hogy legyen adós”⁹⁷), mind a behajthatóságáért⁹⁸ szavatolni tartozik.

Lehetséges azonban követelést eladni a felek akaratából oly módon is, hogy az a reményvételhez legyen hasonlatos. Ennek egyik esete, amelyet Hermogenianustól (D.21.2.74.3) olvashatunk, követelés megvétele *talis-qualis*, azaz a *nomen bonum*ért való szavatolás előzetes kizárásával.⁹⁹

<p><i>Qui nomen quale fuit vendidit, dumtaxat ut sit, non ut exigi etiam aliquid possit, et dolum praestare cogitur.</i></p>	<p>Ki követelést, ahogyan az volt, adott el, csupán azért, hogy létez- zék, nem hogy azonfelül mennyi- ben behajtható, és csalárdságot tartozik helyállni.</p>
--	--

A vevő tehát a követelésért kialakított fix vételárral abban az esetben is tartozik, ha a követelés utóbb behajthatatlannak bizonyult („*venditio sine re*”¹⁰⁰?). Az eredmény ekkor is mintha az üres hálójával partra érkező halász kiábrándító jelenségére emlékeztetne, bár itt a vevő csalatkozásának az adósi fizetési képtelenség, s nem a természet és a sors kedvezőtlen összjátéka az oka.

⁹⁴ A kereset- és követelésvétel közti különbségtétel pusztán formális, kevésbé jelentős. A Digeszta is felváltva és egyenértékű fogalmakként használja az *emptor* (*venditor*) *actionis*, illetve *nominis* kifejezéseket.

⁹⁵ ..., holott a perek kimenetelének bizonytalan volta ezt sugallja. E bizonytalanság azonban nem indokolja, hogy önmagában emiatt aleatóriusnak nevezzük ezt a szerződést.

⁹⁶ Alapelve itt, hogy „...*beneficium venditoris prodest emptori*” (Paul. D.18.4.6). Emiatt mind a hitelezőnek kedvező járulékos jogok, így a kezesség, illetve a zálogjogok (Herm. D.18.4.23 pr., illetve Paul. D. 18.4.6 és C.4.39.8), mind az adós javára szolgáló kifogások (Paul. D.18.4.5) változatlanok maradnak, az utólagos *compensatio*, illetve *exactio* pedig már az új hitelezőt (*emptor*) illeti (Herm. D.18.4.23.1).

⁹⁷ „*Si nomen sit distractum, ..., debitorem aut esse praestare ...*” (Ulp. D.18.4.4). A követelés fennállása azonban nemcsak „adós létét” követeli meg, hanem azt is, hogy az érvényesítésére szolgáló kereset ne lejárt határidejű legyen (a kései császárkorban: elévült ne legyen).

A követelés veritására való szavatolás a jogszavatossághoz hasonlatos, amennyiben a követelés fennállása itt is minden egyébhez képest a priori kérdés, miként a testi dolgok adásvételében is ilyen az áru mentessége harmadik személyek tulajdon- vagy idegen dologbeli jogától. RABEL: „An keiner Stelle ist das Eviktionssystem auf den Kauf von Forderungen und Erbschaften angewendet...” (Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte, 1902, 128. p.)

⁹⁸ „*sed si certae summae debitor dictus sit, in eam summam tenetur venditor: si incertae et nihil debeat, quanti intersit emptoris.*” (Paul. D.18.4.5).

Ez a kellékszavatosságra emlékeztet, mert a bonitás mintha olyan tulajdonsága lenne a követelésnek, amely hiányában kellékhibáról beszélhetünk, hiszen mi más lehet egy követelés létcélja, mint az, hogy behajtsák.

⁹⁹ D.21.2.74.3-hoz pl. BECHMANN: *Der Kauf...*, Teil 2, Abt. 1, 257. p. és Teil 3, Abt. 2, 266. p.

¹⁰⁰ A *sedes materiae* (Pomp. D.18.1.8.1) szóhasználata szerint.

A másik lehetőség – amelyet maguk a forrásszövegek hoznak összefüggésbe a reményvétellel – az, ha a megszerezni kívánt kötelmi követelés (vagy az érvényesítésére szolgáló kereset) a vételi szerződés megkötése időponjához képest csak később keletkezik („*sine re venditio*”). Az áru ebben az esetben, a lex Falcidiáról szóló titulus egyik töredéke szerint, „*spes*”¹⁰¹ *obligationis*”. Itt olyan követelést akar a vevő megszerezni, amely a szerződés megkötésének időpontjában még létre sem jött, azaz amidőn hitelezői jogutódlás olyan kötelmekben következik be, amelyek hatálya felfüggesztő feltétel, illetve időtűzés miatt e szerződés megkötésekor még függőben van.¹⁰²

Gai. D.35.2.73.1:¹⁰³ *Magna dubitatio fuit de his, quorum condicio mortis tempore pendet, id est an quod sub condicione debetur in stipulatoris bonis adnumeretur et promissoris bonis detrahatur. sed hoc iure utimur, ut, quanti ea spes obligationis venire possit, tantum stipulatoris quidem bonis accedere videatur, promissoris vero decedere.*
...

Nagy volt a kétség azokról, akiknél a feltétel a halál idejében függőben van, azaz hogy vajon a hitelezőnek a vagyonához számíttatik-e az, amellyel valaki feltételelesen tartozik, és az adósnak a vagyonából levonatik-e az. De azzal a joggal élünk, hogy amennyiért a kötelezettségnek ez a reménye eladható, annyiban a hitelező vagyonához látszik hozzáadódni, az adósét pedig csökkenteni. ...

A feltétel nemteljesülése az eddigiek analógiájára a „*si nihil inciderit*” esete. A vevő a forrásszöveg szóhasználatára („*spes obligationis*”¹⁰⁴) alapján feltétlenül tartozik a vételárral, itt tehát nyilván reményvétellről van szó.

A kötelmi követelések adásvételének harmadik, reményvétellként értékelhető esetét egy, az ajándékozásokról szóló Codex-titulusban található, 250-ből Deciustól származó császári rendeletben (C.8.53.3¹⁰⁵) találjuk:

¹⁰¹ FLUME: „Der Terminus »*spes*« hat vielmehr nur einen faktischen, nicht aber einen rechtlichen Sinninhalt; es ist das mögliche Faktum der Belastung, wenn die Bedingung eintritt.” (Der bedingte Rechtsakt nach den Vorstellungen der römischen Klassiker, ZSS 92 (1975) 69–129. p.; 110–111. p.)

¹⁰² Ulp. D.18.4.17: „*Nomina eorum, qui sub condicione vel in diem debent, et emere et vendere solemus: ea enim res est, quae emi et venire potest.*” Ezek szerint *venditio reit*ről van szó, amelyből vételárfizetés feltétlensége révén lesz *spei emptio*.

¹⁰³ D.35.2.73.1-hez pl. ARANGIO-RUIZ: *La compravendita*, 120. p.; CALONGE: *La compraventa...*, 48. p.; MASI: *Studi sulla condizione nel diritto romano*, 1966, 44. p.; SOLAZZI: *La compensazione nel diritto romano*, 1950 73. p.; KASER: *Erbschafts Kauf...*, 46. p.; DE VISSCHER: *La vente...*, 20. p.

¹⁰⁴ A „*spes obligationis*” fogalma felmerülhet a sorsjegyjátékkal kapcsolatban is. A sorsjegy olyan kötelmi követelést testesít meg, amelynek tartalma csak később, a nyereség vagy veszteség által konkretizálódik. A nyereség által jön létre a kifizető nyereségyfizetésre szóló kötelezettsége, amely a húzásig csak „*spes obligationis*”. A római jogban *senatus consultum* tiltotta a pénzre menő házárjátékot, megengedték ugyanakkor a „*pro virtute*” fogadást és versengést (Paul. D.11.5.2.1. és Marcian. D.11.5.3).

¹⁰⁵ C.8.53.3-hoz pl. CALONGE: *La compraventa...*, 96. p. és DE VISSCHER: *La vente...*, 20. p.

Spem futurae actionis plena intercedente donatoris voluntate posse transferri non immerito placuit.

Hogy a jövőbeli kereset reménye az ajándékozó teljes beleegyezésével átruházható, nem tartjuk érdemtelen-ségnek.

Az *obligando* megajándékozott az ajándékozó teljes beleegyezésével¹⁰⁶ akár ingyenesen, akár visszterhesen harmadik személyre ruházhatja¹⁰⁷ az ajándékozó által tett, a megajándékozott vagyonába egy jövőbeli kereset (*actio futura*, s ezért egyfajta „*sine re venditio*”-hoz közelít) formájában beépülő kötelezettségvállalást. A „*spes futurae actionis*” kifejezés valószínűleg akkor nyerhet helyes értelmezést, ha a *futura actio* az ajándékozó vagyonának bonitásáért való eladói (=megajándékozott) szavatosság kizárása mellett, fix vételáron lett megvéve. Ekkor a vevőnek valójában nem más jut, mint a jövőbeli kereset eredményességének („*inciderit*”) reménye, a „*spes futurae actionis*”. Ha tehát az ajándékozó az ajándék új jogosultjának (vevő) végül annak ellenére nem tud teljesíteni („*nihil inciderit*”), hogy az az eladónak – közvetve eleget téve a megajándékozott vagyonát gyarapító ajándékozási szándéknak – kifizette a vételárat, akkor a forgalomba ismét a remény (*spes donationis*?) került: a felek reményvételt kötöttek.

c) Jóllehet a vagyonösszességek, így pl. a hagyaték megvétele általában magas ügyleti kockázattal jár,¹⁰⁸ nyilvánvalóan mégsem nevezhető önmagában reményvételnek.

A hagyatékeladásról – az *emptio actionis* témakörével együtt – két önálló titulus (D.18.4, illetve C.4.39) rendelkezik. Egy Paulus-tól származó töredék minden abbéli „reményt”, hogy egy ilyen bizonytalan vagyontömeg adásvétele reményvétel lenne, eloszlat:

D.18.4.7: *Cum hereditatem aliquis vendidit, esse debet hereditas, ut sit emptio: nec enim alea emitur, ut in venatione et similibus, sed res: quae si*

Amidőn valaki hagyatékot ad el, léteznie kell a hagyatéknek, hogy a vétel létrejöjjön. Bizony nem a kockázat vétetik meg, ahogy a vadászat meg hasonlók

¹⁰⁶ E feltétel oka az lehet, hogy az ajándékozásban nemcsak a juttatás módja, hanem a juttatással megcélzott személye is lényeges tartalmi elem. Az ajándék nem tudja szerepét betölteni, ha az ajándékozó akarától eltérő személy részesül a juttatásban.

¹⁰⁷ Hogy az átruházás módja itt valójában *delegatio nominis* vagy *cessio (actionis)*, kérdéses. A hivatkozott forráshely „*plena intercedente donatoris*” kitétele mindenesetre inkább az aktív delegációra enged következtetni. A *debitor* (itt: *donator*) közreműködését („*Spondeo*.”) a követelésátruházás ugyanis nem nélkülözheti.

¹⁰⁸ A hagyaték pedig egy különösen problematikus vagyonösszesség, s e jellegével nyilván adásvétele is bír. Amint erre TORRENT is rámutat (in: *Venditio hereditatis*, 1966) „La venta de herencia es una venta muy compleja (216. p.), ... en la que hay cosas materiales junto con créditos y deudas (162. p).”

non est, non contrahitur emptio et ideo pretium condicetur.

esetében, hanem a dolog. Az ha nem létezik, az adásvétel nem jön létre, s a kifizetett vételár visszakövetelhető.

E fragmentumon kívül is létezik számos olyan, amely az *emptor hereditatis* kockázatát mérsékli, biztonságát szolgálja. Így pl. semmis az adásvétel, ha a hagyatéék, amelyet eladtak egy még élő személyé,¹⁰⁹ s akkor is, ha nemlétezőé¹¹⁰ („...hereditas, qui vivit aut nullus sit, nihil esse acti...”¹¹¹). A rendelkezés indoklása („quia in rerum natura non sit quod venierit”¹¹²) pedig arra mutat rá, hogy – a reményvétel eseteivel szemben – a hagyatékeladás nem „sine re venditio”.¹¹³

Továbbá, a *nemo plus iuris* elvének megfelelően az eladandó hagyatéknak az eladót kell illetnie. Ha létezik a hagyatéék, de nem az eladót illeti, e létező hagyatéék bírói becsértéke,¹¹⁴ ha nem is létezik az, akkor a vételár és ráfordítási költségei járnak vissza a vevőnek,¹¹⁵ s esetlegesen még kártérítés¹¹⁶ is. Az eladó azért tartozik tehát helytállni, hogy ő maga örökös („heredem se esse praestare debet”¹¹⁷). Nincsenek jogszavatossági kötelezettségei,¹¹⁸ hiszen a megállapodás úgy szólt, hogy a vevőt épp annyi jog illesse, mint amennyi a leendő örökösnek magának jutna („neque amplius neque minus iuris emptor habeat quam apud heredem futurum esset”¹¹⁹).

Felvetődik végül, hogy a hagyatéék mely értéken tekintessék eladottnak: azon, amelyet az örökhagyó halála, vagy amelyet a hagyatéék megszerzése, vagy

¹⁰⁹ Lásd VASSALLI: I contratti sull'eredità del terzo vivente, *Studi giur.* III, 1960, 335–353. p., 343. p.

¹¹⁰ KASER: „Die Erbschaft einer solchen Person ist folgerichtig ebensowenig existent (in rerum natura) wie die einer nicht bestehenden Person (qui nullus est).” (*Erbschafts Kauf...*, 59. p.)

¹¹¹ Pomp. D.18.4.1.

¹¹² Pomp. D.18.4.1.

¹¹³ Lásd Pomp. D.18.1.8.1.

¹¹⁴ Lásd Iav. D.18.4.8-Paul. D.18.4.9, és vö. a *venditor spei* kötelezettségeit szabályozó, fentebb elemzett Celsus-fragmentummal (D.19.1.12)!

¹¹⁵ MEDICUS: „Existiert die verkaufte Erbschaft zwar, steht sie aber nicht dem Verkäufer zu, so kann der Käufer gleichwohl ihren Wert verlangen.” (Zur Funktion der Leistungsunmöglichkeit im römischen Recht, ZSS 86 (1969) 66–104. p.; 100. p.)

¹¹⁶ KASER: „Eine Haftung auf den Schadenersatz wegen Nichterfüllung kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil ein solcher Schaden mangels eines nachweisbaren Vertragsobjekts nicht schätzbar wäre.” (*Erbschafts Kauf...*, 52. p.); MEDICUS: „... erzeugt einen Anspruch auf das Erfüllungsinteresse.” (Zur Funktion..., 101. p.)

¹¹⁷ Vö. a követelésvétel hasonló eladói helytállási kötelezettségének szabályával! Amint arra pl. RABEL is rámutat, a kettő teljesen analóg: D.18.4.4: „...debitorem esse praestare”/D.18.4.13: „...heredem se esse praestare” (RABEL: *Die Haftung...*, 128. p.) Utóbbi szabály máig ható, hiszen pl. a hatályos német Ptk-ban mintha egyszerű fordítását találunk: „Die Verpflichtung des Verkäufers ... beschränkt sich auf die Haftung dafür, dass ihm das Erbrecht zusteht...” (§ 2376).

¹¹⁸ „Venditor hereditatis satisdare de evictione non debet...”, saját „tényeiért” azonban nyilván felel: „de facto suo ... satisdare cogendus est” (Ulp. D.18.4.2 pr.).

¹¹⁹ Ulp. D.18.4.2 pr.

amelyet a hagyaték eladása idején képviselt? A felek szabadon választhatnak az alternatívák közül, bár Ulpianus szerint leghelyesebb a hagyatékot az utolsóként említett értéken eladottnak tekinteni.¹²⁰

Jóllehet ezek a szabályok világosan kizárják annak lehetőségét, hogy a hagyaték megvétele az *emptio spei*vel lenne rokon, mégis lehetséges olyan feltételekkel hagyatékot eladni, amely egy fajtatiszta reményvételt eredményez, amint erre a következő forráshely is utal:

Ulp. D.18.4.11: *Nam hoc modo admittitur esse venditionem 'si qua sit hereditas, est tibi empti', et quasi spes hereditatis: ipsum enim incertum rei veneat, ut in retibus.*¹²¹

Bizony ily módon is elfogadható az eladás: »ha bármi is lesz a hagyaték, általa legyen megvéve«, mintegy a hagyaték reménye. Itt is bizonytalan dolgot ad el, amint a hálókban.

Az, hogy jelen esetben *emptio rei speratae*-vel vagy *spei*vel van-e dolgunk csak a vételárfizetés módjától függ: ha feltétlenül tartozik vele a vevő, semmi kétség, a felek reményvételt kötöttek, amidőn akként egyeztek meg, hogy ama jogok illessék a vevőt, aminők az eladót illetik („*quidquid iuris haberet venditor emptor haberet*”¹²²), vagyis az adásvétel tárgya az eladó bármiféle hagyatékbeli jogosultsága („*quid iuris esset venditoris*”¹²³). Ebben az esetben tehát, amely a reményvétel sedes materiae-jének szavaival élve „*venditio sine re*”¹²⁴ a vevő nem egyszerűen a hagyatékot,¹²⁵ hanem azt óhajtja megszerezni, „*quidquid iuris venditor habuerit*”.¹²⁶ A kiemelt fragmentum „*quasi spes hereditatis*” szóhasználatának indoka is feltehetően ebben rejlik.¹²⁷

Az eladó nem felel azért, hogy utóbb ezekből a hagyatékbeli jogosultságokból mi valósul meg.¹²⁸ Még ha a hagyaték végül nem az eladót illeti is, felelősség

¹²⁰ D.18.4.2.1.

¹²¹ VASSALLI: „Il testo è tutto compilatorio, ed è difficile dire se pure una sottile trama sia data da parole di Ulpiano stesso. ...un concetto ed espressioni che potevano giustificare l'attribuzione dei giustinianeî. È l'ultima parte dell'interpolatissima ... considera l'ipotesi dell'*emptio spei*.” (*Studi giur.* III, 371. p.)

¹²² Paul. D.18.4.13.

¹²³ Iav. D.18.4.10.

¹²⁴ TORRENT: „...la herencia ha de estar causada, no ser una herencia hipotética ...” (*Vend. her.*, 162. p.)

¹²⁵ THOMAS: „the vendor's possible succession rights as an *alea*” (*Venditio hereditatis and emptio spei*, *Tulane Law Review* 33 (1959) 541. p.) (Számomra nem volt hozzáférhető.)

¹²⁶ KASER: *Erbschafts Kauf*..., 54. p.

¹²⁷ CALONGE: „No se puede decir que de esta hipótesis hayan hecho un caso idéntico al de la *emptio spei* clásica, sino que han pensado en una analogía funcional... Es indudable que aquí el *alea* no tenía el carácter espontáneo y de azar, aleatorio estrictamente, que se daba en el *iactus retis* o en el *iactus missilium*.” (*La compraventa*..., 44. p.)

¹²⁸ „Chi vende una eredità senza specificarne gli oggetti non è tenuto a garantire che la propria qualità di erede.” (Codice civile Art. 1542)

azt mégsem terheli, mert a megegyezésből kitűnik, hogy miként a hagyatékából eredő bármely haszon, úgy minden veszély is a vevőre esik („*quemadmodum emolumentum negotiationis, ita periculum ad emptorem pertineret*”¹²⁹). Amennyiben azonban az eladó tudatában volt annak, hogy maga a hagyatékhoz nem juthat, dolózus magatartásáért felelni tartozik.¹³⁰

IV. Az áruk körét meghatározó római jogi szabály – amely szerint: *omnium rerum, quas quis habere vel possidere vel persequi potest, venditio recte fit*¹³¹ – úgy tűnik egyfelől érvényesül, másfelől ki is tágul egyszersmind a spekulatív adásvételi szerződésmódzatok aleatórius esetében. Érvényesül, mert bebizonyosodott, hogy az eladott remény tárgya – a tankönyvekben általában felemlített pomponiuszi és ulpianuszi iskolapéldákon túl – mind idegen dologbeli jog és kötelmi követelés, mind vagyonösszesség lehet. Kitágul, mert egy ügyes jogtechnikai megoldás révén, olyan „*res*”-szel gazdagodik a fenti regula, amely „*nec habere nec possidere nec persequi potest*”. A remény mint a jog világában idegen szubsztancia szerepe az, hogy az aleatórius adásvétel árujaként egyetlen szóval fejezze ki e szerződés különös normatív tartalmát és elemei pszichikai kapcsolatainak árnyalatait.

Az a tény, hogy forrásaink az adásvételnek a forgalmi életben talán ritkának is nevezhető aleatórius eseteiről már-már egyfajta rendszert kialakító részletességgel szólnak, a római jog kazuisztikájának finomságát bizonyítja, és jogtudósai zsenijét dicséri.

JÓZSEF BENKE

EMPTIO SPEI

(Zusammenfassung)

I. Beim Kauf geht das Vertragsrisiko über das im Umsatz übliche Maß in zwei Fällen. Beiden ist es gemein, dass es ein Kaufobjekt beim Vertragsabschluss noch fehlt, deswegen sind sie quellenmässig *venditiones sine re* genannt. Der erste Fall, wo der Kaufobjekt immer selbst die beim Vertragsabschluss noch nicht entstandene Sache ist, kann als ein bedingter Vertrag ausgelegt werden, weil der Kaufpreis nur dann gebührt, wenn die erwartete, also die zukünftige

¹²⁹ Iav. D.18.4.10.

¹³⁰ „...*sciens ad se non pertinere ita vendiderit: nam tunc ex dolo tenebitur*” (Gai. D.18.4.12).

¹³¹ Továbbá: „*quas vero natura vel gentium ius vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est.*” (Paul. D.18.1.34.1)

oder erhoffte Sache nachträglich entsteht. Falls aber die Erfüllungsverbindlichkeit des Käufers unabhängig davon ist, dass ihm der Verkäufer endlich etwas Präzios leistete, ist die Übersteigung des umsatzlich üblichen Vertragsrisikos so bedeutend, dass der Vertragsobjekt hier nach den Römern nicht die Sache selbst ist, sondern bloß deren Hoffnung (*spes*). Dieser Fall ist also der sog. Hoffnungskauf (*emptio spei*), der wegen der besonderen Eigenart der „Ware“ *atypisch* genannt werden muss, wofür die allgemeinen Normen des Kaufs entweder nicht gelten, oder sie müssen ganz anders interpretiert werden.

II. Die klassische, nebenbei in den Lehrbüchern auffindbare Exempel des Hoffnungskaufs ist, wenn der Käufer verschiedene zukünftige Fänge (*captus piscium vel avium vel missilium vel indaginem*) auf die Art kauft, dass irgendetwas (auch wenn nichts) gefangen wird, ist er unbedingt verbunden den Kaufpreis zu leisten. Laut des im Obligationsrecht geltenden „*bona fides*“-Prinzips ist der Verkäufer hier dazu verpflichtet, den Käufer in solche Zustände zu bringen, worin er sich die gehofften, vermutlichen Sache schon abhängig ausschließlich von der Gewalt der Natur oder der Laune des Schicksals verschaffen kann. Es fehlt die Gewährleistung des Verkäufers sowohl für Rechts- als auch für Sachmängel, der Verkäufer ist zur Sachleistung nur dann verpflichtet, wenn das gehoffte Ergebnis, nämlich der erfolgreiche Fang, nachher entsteht. Die Gefahrtragung des Käufers beschränkt sich nur auf die Nichtverwirklichung der vermutlichen Sache.

III. 1. Im Kreis der *res corporales* bleibend, falls der entlaufene Sklave während der Flucht verkauft wird, und der Kaufpreis gebührt dann auch, wenn der Flüchtling nachträglich nicht zum Vorschein kommt, zeigt dieser Fall eine hochgradige Ähnlichkeit mit dem Hoffnungskauf. Zwar steht der Kauf nach dieser Art zivilrechtlich still, erklärte aber eine *lex* dessen Abschluß für *delictum*.

2. a) Zwar sind die persönlichen Servituten unabtretbare dingliche Nutzungsrechte, es ist möglich, die Ausübung des *ususfructus* und der *habitatio* zu überlassen. Wenn z.B. der Nießbraucher als Verkäufer die Ausübungsmöglichkeit seines Rechts entgeltlich überläßt, setzen die zeitlichen Grenzen der Rechtsausübung des Käufers solche Umstände fest, die außer dem Haftungsbereich des Verkäufers fallen: sein (alias des *usufructuarius*) eigenes Leben und *caput*. Es kann laut der Quellen vorkommen, dass der Käufer die gekaufte „Sache“ wegen des plötzlichen Todes des Nießbrauchers nur für einen Moment genießen kann. Dieser Fall ist also sehr ähnlich dazu, wenn der Kaufpreis trotz des unerfolgreichen Fanges unbedingt gebührt.

b) Nach den Quellen ist der Kauf der Forderungen in zwei Fällen als *emptio spei* auszulegen. Der eine, wenn die Forderung neben der Ausschließung der Gewährleistung für schuldnerische Zahlungsfähigkeit, also *talis-qualis* verkauft wird. Der andere, wenn der Käufer eine solche Forderung erwerben

will, die im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses gar nicht zustandekam („*venditio sine re*“), also wenn der Gläubigerwechsel in solchen Obligationen hervorgeht, deren Wirkung wegen z.B. einer aufschiebenden Bedingung noch nicht eingetreten ist. Es gibt einen Sonderfall bei diesem, der mit der *donatio obligando* im Zusammenhang steht.

c) Der Kauf ganzen Vermögens bringt obgleich ein hochgradiges Geschäftsrisiko gewöhnlich mit sich, der Erbschafts Kauf kann z.B. unter gewöhnlichen Umständen offensichtlich nicht als Hoffnungskauf begriffen werden, wie das römische Recht es klar feststellt. Doch ist es möglich eine Erbschaft mit solchen Bedingungen zu verkaufen, was – laut der Wörter unserer Quellen – eine „*quasi-emptio spei*“ ergebe. Dieser Fall besteht im *talis-qualis* Erbschaftsverkauf, wo der Käufer nur – als die „*quasi-spes*“ der Erbschaft – zu den zukünftigen Erbrechten des Verkäufers kommen will.

IV. Die mit dem Hoffnungskauf verbundene Kasuistik des römischen Rechts ist also sehr reich und vielfältig. Das „Objekt der Hoffnung“ – worauf wir eigentlich hoffen – kann sich nämlich in Sachen, beschränkten dinglichen Nutzungsrechten, ferner in Forderungen oder Vermögen versachlichen. Es bedeutet, dass der Kaufvertrag über allerartigen Waren auch unter solchen Bedingungen abgeschlossen werden kann, demzufolge diese Verträge als aleatorischer Kauf oder Hoffnungskauf genannt zu werden sind.

ANDREAS BESSENYŐ

Kauf unbestimmter Mengen von Fungibilien oder Sachgesamtheiten

Kritische Bemerkungen zur romanistischen Lehre vom Kauf zukünftiger
Dinge

1. Problemstellung

Traditionell teilt die romanistische Lehre den Kauf zukünftiger Dinge in zwei, bzw. drei Typen auf. Geläufig ist die Aufteilung in *Kauf erhoffter Dinge* (*emptio rei speratae*) und *Hoffnungskauf* (*emptio spei*). Dazu fügen einige Schriftsteller noch den Kauf des noch vom Verkäufer anzufertigenden Dinges als Kauf zukünftiger Dinge in engerem (eigentlichem) Sinne (*emptio rei futurae*) hinzu.¹ In diesem Fall ist die Ware im Zeitpunkt des Vertragsschlusses tatsächlich noch nicht existent, darum kann dieses Geschäft ohne weiteres als Kauf eines zukünftigen Dinges (*emptio rei futurae*) bezeichnet werden. Allein es hängt hier die Entstehung der Kaufsache beinahe ausschliesslich von menschlicher Werk Tätigkeit ab, während in den beiden vorher genannten Fällen vielmehr reine Naturvorgänge den Ausschlag geben. Beim Hoffnungskauf dagegen nicht einmal von zukünftigen Dingen die Rede sein kann, wie bald gezeigt wird. Darum scheint uns der *Kauf zukünftiger Dinge* als obligationenrechtliche Kategorie, die die genannten drei Typen umfassen will, recht artifiziell und nichtssagend. In der folgenden Untersuchung lassen wir den Kauf des noch anzufertigenden Dinges völlig beiseite und befassen uns ausschliesslich mit der *emptio rei speratae* und der *emptio spei*.

¹ KARL CZYHLARZ – MARIAN SAN NICOLÓ: *Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts* (18. Aufl., Wien – Leipzig 1924), S. 236, zählt den Kauf eines erst noch anzufertigenden Kleides noch zur *emptio rei speratae*. Eine eigenständige Kategorie (*emptio rei futurae*) nach FERENC BENEDEK: *Római magánjog. Dologi jog – Kötelmi jog* (Römisches Privatrecht. Dingliches Recht – Obligationenrecht) (Pécs 1993), S. 171., ANDRÁS FÖLDI – GÁBOR HAMZA: *A római jog története és intézményei* (Geschichte und Institutionen des römischen Rechts) (Budapest 1996), S. 501. Gegen diese Systematisierung Alfredo Calonge, *La compraventa civil de cosa futura* (Salamanca 1963), S. 18–19.

Kauf erhoffter Dinge (*emptio rei speratae*) ist den Quellen zufolge der vorherige Kauf zukünftig entstehender Agrarprodukte, Tierjunge oder Sklavenkinder. Pomponius belehrt uns nämlich, dass obwohl ohne Kaufsache kein Kauf zustande kommen kann, zukünftige Früchte und Sklavenkinder jedoch zu kaufen sind („*Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi. Et tamen fructus et partus futuri recte ementur...*“) (D. 18,1,8 pr., Pomp. lb. nono ad Sab.). Es liegt auf der Hand, dass *partus* im zitierten Text ausschliesslich auf Sklavenkinder zu beziehen ist, denn *fructus* schliessen in sich bekanntlich auch Tierjunge ein. Weiterhin ist ohne Bedenken einzusehen, dass der Reifezustand der zukünftigen Früchte im Zeitpunkt des Vertragsschlusses juristisch völlig irrelevant ist. Es mag freilich vorkommen, dass die zukünftige Frucht bereits auf dem Halme steht (*fructus in herbis*), das Muttertier trächtig, die Sklavin schwanger ist. Dass die Kaufsache sich schon im Gang der Entwicklung befindet, ist jedoch keine unerlässliche Voraussetzung des Kaufabschlusses.

Nun lehrt die überwiegend herrschende Ansicht in der romanistischen Doktrin, dass der Kauf zukünftiger Früchte oder Sklavenkinder ein Geschäft unter aufschiebender Bedingung ist: die Vereinbarung der Parteien tritt selbstverständlich nur dann in Kraft, wenn sich die erhoffte Sache, die den Gegenstand des Kaufgeschäfts bildet, verwirklicht. Anderenfalls ist das Geschäft gegenstandslos, als ob die Parteien nicht einmal miteinander vereinbart hätten. Daraus folgt weiter, dass wenn das Geschäft mangels Kaufgegenstandes nicht wirksam wird, der Käufer ohne Preiszahlung davongeht.

Ein ganz verschiedenes Geschäft sieht die romanistische Lehre im sog. Hoffnungskauf (*emptio spei*). Es geht hier – wie die Schulbeispiele in unserem Text aufweisen – darum, dass ein Fischer den Ertrag eines zukünftigen Fischzuges, ein Jäger den Ertrag einer zukünftigen Vogel- oder Wildjagd schon im voraus zu einem Pauschalpreis verkauft. In diesem Fall ist der Käufer unbedingte verpflichtet, die ausbedungene Geldsumme zu bezahlen, d. h. auch dann, wenn der Fisch-, Vogel- oder Wildfang völlig erfolglos ausfällt. Denn das Kaufgeschäft, erklärt uns Pomponius des weiteren, tritt hier auch in diesem Fall in Kraft, es handelt sich ja hier um einen Hoffnungskauf („*emptio enim contrahitur etiam si nihil inciderit, quia spei emptio est...*“) (D. eo. 1). Den für den Käufer so enttäuschenden Ausfall des Geschäfts, dass er den Vollpreis bezahlen muss, obwohl er so gut wie nichts in die Hände bekommt, führt also Pomponius auf den Hoffnungskauf zurück. Und daraus zieht die herrschende Lehre den verblüffenden Schluss: na ja, es ist bloss Hoffnung verkauft und die Hoffnung mag einen gegebenenfalls bitter enttäuschen.

Es gibt grundlegende Bedenken, die sich angesichts dieser Lehrsätze, die in der romanistischen Doktrin seit der Glosse gang und gäbe vertreten sind, einem aufmerksamen und unbefangenen Beobachter aufdrängen wollen. Ist es richtig, dass die *emptio rei speratae* ein bedingtes Kaufgeschäft sei? Ist es überhaupt denkbar, dass der Hoffnungskauf wirklich Kauf von Hoffnung als Ware sei?

Wir wissen zwar nur zu gut, dass Liebe in aller Welt verkäuflich ist und dass verkäufliche Liebe enormen Geschäftsgewinn in der Handelsgeschichte der Menschheit ertragen hat. Dennoch leuchtet uns ohne weiteres ein, dass verkäufliche Liebe und Hoffnungskauf nicht auf einem Blatt stehen können.

Im Folgenden versuchen wir diesen Bedenken in dogmatischer und praktischer Hinsicht nachzugehen und eine einwandfreiere Konstruktion für die in Frage stehenden Phänomene zu umreißen.

II. Ist die *emptio rei speratae* ein bedingtes Kaufgeschäft?

Vorbereitende dogmatische Überlegungen

Ein *Kaufvertrag* als Willensvereinbarung des Verkäufers und des Käufers ist ein zweiseitiger Rechtsakt, wodurch sich die Parteien gegenseitig zum Vollzug eines Kaufs verpflichten. Der Kaufvertrag ist also grundsätzlich ein obligatorisches *Verpflichtungsgeschäft*. Der Vollzug des Kaufs besteht darin, dass der Verkäufer dem Käufer die Kaufsache, die Ware übergibt und der Käufer dem Verkäufer den Kaufpreis, eine bestimmte Geldsumme bezahlt. Der Vollzug des Kaufs ist also beiderseits ein dingliches *Verfügungsgeschäft*.

Die gegenseitigen Verpflichtungen und Berechtigungen der Parteien, den gemeinsam vereinbarten Kauf zum Vollzug zu bringen, machen das *Kaufverhältnis* aus. Das Kaufverhältnis ist ein obligatorisches Rechtsverhältnis, das aufgrund des Kaufvertrags, den die Parteien abgeschlossen haben, zustande kommt. Kaufverhältnis als zweiseitige Obligation und Kaufvertrag als zweiseitiger Rechtsakt sind also miteinander nicht zu verwechseln. Der Kaufvertrag ist der Grund – Ursache im juristischen Sinne – des Kaufverhältnisses.

Der Abschluss des Kaufvertrags fällt aber nicht jedenfalls mit dem vollständigen Zustandekommen des Kaufverhältnisses in eins. Es mag vielfach vorkommen, dass der Vollzug des Kaufs, d.h. die Übergabe der Ware und die Bezahlung des Preises im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht möglich ist. Demzufolge ist die unmittelbare Erfüllung der gegenseitigen Verpflichtungen von seiten der Parteien in diesem Zeitpunkt selbstverständlich noch nicht zu erwarten. Das Kaufverhältnis ist mit dem Vertragsschluss noch nicht vollwirksam, *perfekt* geworden.

Die Gründe, die das Perfektwerden des Kaufverhältnisses verhindern, sind zweierlei Art. Einerseits mögen sie von der Willensvereinbarung der Parteien abhängen, in diesem Sinne sind also subjektiv. Andererseits hängen sie mit objektiven Tatumständen zusammen, sind also in diesem Sinne objektiv.

Subjektiv ist, wenn die Parteien an den Kaufvertrag eine aufschiebende Bedingung hinzufügen. Diese Bedingung beeinträchtigt das Vollwirksamwerden des Kaufverhältnisses, solange sie nicht eintritt. Diese

Aufschiebung der Perfektion des Kaufverhältnisses hängt aber allein vom Willen der Parteien ab: sie selbst haben ja in die Bedingung als Bestandteil des Kaufvertrags eingewilligt. Darum scheint es vollkommen abwegig, danach zu fragen, wie es Krückmann² will, zugunsten welcher der Parteien die Bedingung vereinbart ist. Da beide darin einverstanden sind, ist die Annahme unentrinnbar, dass sie beide für vorteilhaft halten.

Es kommt aber manchmal vor, dass objektive Tatumstände, die beim Vertragsschluss vorhanden sind, das vollständige Inkrafttreten des Kaufverhältnisses hintanhaltend. Die Verpflichtung des Verkäufers, die Ware zu übergeben, kommt offensichtlich nicht zustande, wenn sich die Ware noch nicht in dem physischen Zustand befindet, in dem sie übergeben werden kann. Die Verpflichtung des Käufers, den Kaufpreis zu bezahlen, kommt unter solchen Umständen ebensowenig zustande, wie wenn die Preissumme aus irgendwelchem Grunde noch nicht zahlenmässig genau bestimmbar ist. Das Vorhandensein solcher Tatumstände schliesst jedoch den gültigen Abschluss des Kaufvertrags keineswegs aus.

Es empfiehlt sich nun unbedingt, um der dogmatischen Klarsicht willen, diese Kategorien – Kaufvertrag, bzw. Kaufverhältnis – folgerichtig auseinanderzuhalten. Um Perfektwerden lässt sich mit Fug nur in bezug auf das Kaufverhältnis sprechen, es bedeutet nämlich nichts anderes als das vollwirksame Inkrafttreten des Rechtsverhältnisses, aufgrund dessen der Verkäufer zur Übergabe der Ware, der Käufer zur Kaufpreiszahlung verpflichtet ist. Wollte man allerdings vom Perfektwerden des Kaufvertrags reden, so wäre eine solche Redeweise zwar nicht ohne weiteres abzulehnen. Es wäre jedoch unumgänglich, die Bedeutungen des Wortes 'Vertrag' uns einmal klarzumachen. 'Vertrag' mag nämlich, ebenso wie 'Rechtsakt' im allgemeinen, zweierlei bedeuten. Einerseits den institutionellen Tatbestand des Vertragsschlusses, den Rechtsakt im aktiven Sinne. Andererseits die normative Wirkung dieses Tatbestandes, den Vertragsinhalt, das durch den Vertragsschluss (= Vertrag im aktiven Sinne) zustande gebrachte obligatorische Rechtsverhältnis (=Vertrag im normativen Sinne). Um möglichen Missverständnissen vorzubeugen, gebrauchen wir stets das Wort 'Kaufvertrag' im aktiven, das Wort 'Kaufverhältnis' im normativen Sinne.

Hieraus ergibt sich zugleich mit voller Klarheit, dass Flumes Lehrsatz,³ wonach das Perfektwerden des Kaufs wie jeder Bedingungseintritt im allgemeinen nach der ursprünglichen Auffassung der Römer auf den Rechtsakt selbst, nicht auf das Rechtsverhältnis zu beziehen sei, ein vollkommener

² PAUL KRÜCKMANN: Einige Randfragen zum *periculum emptoris*, SZ 59 (1939) 19ff.

³ Vgl. neuestens WERNER FLUME: *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken* (Paderborn-München-Wien-Zürich 1990), S. 111–119 (Kaufperfektion), 120–170 (bedingter Rechtsakt). Früher s. WERNER FLUME Der bedingte Rechtsakt nach den Vorstellungen der römischen Klassiker, SZ 92(1975), 69–129. Flume schliesst sich an WOLFGANG ERNST: *Periculum est emptoris*, SZ 99(1982), 224, 228–229.

Leergang ist. Denn versteht man den 'Rechtsakt' im aktiven Sinne, so sagt die These eine Absurdität aus. Wie wäre es doch denkbar, dass ein Tatbestand, der in menschlicher Aktivität besteht, erst später zustande kommt, nachdem die Personen ihre Betätigung zeitlich schon früher vollzogen haben? Nimmt man dagegen 'Rechtsakt' im normativen Sinne hin, so kehrt man eigentlich zum angefochtenen Standpunkt zurück.

Ein anderer dogmatischer Fehltritt ist, wenn man Bedingungseintritt und Perfektwerden unumsichtig miteinander verwechselt. Aus dem Satz, dass jeder Bedingungseintritt Perfektwerden ist, lässt sich nicht schliessen, dass jedes Perfektwerden eigentlich Bedingungseintritt ist, wie z. B. Friedrich Mommsen tut.⁴ Die Verzögerung des Perfektwerdens kann – wie gezeigt – teils auf den subjektiven Willensentschluss der Parteien, teils auf objektive Tatumstände zurückgeführt werden. Im ersten Fall sind die Parteien keineswegs verpflichtet, den Bedingungseintritt tätig herbeizuführen. Ihre Verpflichtung, die bereits aufgrund des imperfekten Rechtsverhältnisses ihnen obliegt, beschränkt sich allein darauf, den möglichen Bedingungseintritt nicht zu verhindern. Wesentlich anders verhält es sich mit dem anderen Fall. Verhindern das Perfektwerden objektive Tatumstände, sind die Parteien zweifellos verpflichtet, diese tatsächlichen Hindernisse zu beheben, das Perfektwerden mit allen möglichen Mitteln zu befördern.

Unsere Distinktion steht im Einklang mit der herkömmlichen Lehre, die zwischen wesentliche und gelegentliche Bestandteile des Rechtsgeschäfts unterscheidet. Die hinreichende Bestimmung der Ware und des Kaufpreises sind schlechthin unentbehrlich, um von einem Kauf sprechen zu können. Sie gelten daher als *wesentliche Bestandteile* des Kaufgeschäfts (*essentialia negotii*). Dagegen mag eine aufschiebende Bedingung gelegentlich nach Gutdünken der Parteien hinzugefügt werden, sie ist daher als ein *gelegentlicher Bestandteil* des Kaufgeschäfts (*accidens negotii*) anzusehen.

Schlussfolgerungen auf die *emptio rei speratae*

Aus dem Vorangehenden lässt sich begründet – entgegen der herrschenden Lehre – der Schluss ziehen, dass die *emptio rei speratae* für die Klassiker, namentlich Pomponius, keineswegs ein bedingtes Kaufgeschäft gewesen sein mag. Es handelt sich hier offenbar nicht um eine aufschiebende Bedingung und deren Eintritt, sondern um das nachträgliche Perfektwerden des Kaufverhältnisses durch das Entstehen der Kaufsache.

Mit feinem dogmatischem Sinn haben darauf schon einige Schriftsteller, denen der Unterschied zwischen wesentlichen und gelegentlichen Bestandteilen

⁴ FRIEDRICH MOMMSEN *Beiträge zum Obligationenrecht* I. Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorische Verhältnisse (Braunschweig 1853), S. 337: „Alle Fälle eines imperfecten Kaufcontracts lassen sich unter den Begriff des bedingten Kaufs subsumiren...“

nicht verborgen blieb, hingewiesen. So Friedrich Endemann⁵ und Fernand De Visscher,⁶ denen der Mut nicht fehlte, die seit dem Mittelalter monoton wiederholte Lehre kritisch zu überprüfen.

Insoweit können wir auch der Feststellung von Volker Kurz völlig zustimmen: „Der Kauf in D. 18,1,8 pr. ist aber kein bedingter Kauf, geschweige denn ein Kauf mit rückwirkender Bedingung“. Es steht auf einem anderen Blatt, dass seine Argumentation in sich widerspruchsvoll und unklar ist. So ist es u. E. gar nicht überraschend, dass es ihm gelungen ist, Reinhard Zimmermann⁷ über die Richtigkeit seiner These zu überzeugen.

Kurz nimmt an, man habe ursprünglich ausschliesslich hängende oder stehende Früchte, gezeugte Tierjunge oder Sklavenkinder gekauft. Diese Annahme hat allerdings nichts gegen sich. Diesen Fall konnte man zwar bedenkenlos als unbedingtes, keineswegs aber als perfektes Geschäft ansehen, wie Verfasser vermutet. Dass Perfektwerden mit Bedingungseintritt nicht ohne weiteres zu verwechseln ist, wissen wir ja schon von vorher. Des weiteren will Kurz die noch nicht hängenden oder stehenden, sogar die noch nicht einmal ausgesäten Früchte, gezeugten Leibesfrüchte, um der Unbedingtheit der *emptio rei speratae* willen, als vorhanden angesehen wissen. Diese Annahme würde aber gegen die gesunde Vernunft verstossen. Man könnte sich doch kaum allenfalls berechtigt finden, alles willkürlich so zu nehmen, wie man will. Besonders töricht wirkt die Annahme des Verfassers, Pomponius wolle die spätere Geburt als nachträgliche Bestätigung des Vorhandenseins des *partus in utero* im Zeitpunkt des Kaufabschlusses gelten lassen. Das Vorhandensein des *partus in utero* zurzeit des Vertragsschlusses lässt sich, falls wirklich dies der Fall ist, ärztlich mit hinreichender Verlässlichkeit feststellen, einer nachträglichen Bestätigung bedarf diese Tatsache überhaupt nicht. Aber trotz des mit so guter Bestimmtheit festgestellten Vorhandenseins des *partus* wird der Kauf nicht perfekt und – im Sinne Kurz' – unbedingt.⁸

Zieht aber nicht Pomponius selbst die Geburt des *partus* zurück auf den Zeitpunkt des Kaufabschlusses („...ut cum editus esset partus, iam tunc, cum contractum esset negotium, venditio facta intellegatur...“) (ibi.)? Ein

⁵ FRIEDRICH ENDEMANN: Die Lehre der *emptio rei speratae* und *emptio spei* und deren Bedeutung für das heutige Recht. *Grünhut's Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart*, 12 (1885) Endemann 396: „Die spätere Entstehung des zukünftigen Gegenstandes erfüllt lediglich ein Essentiale des Kaufes. Das Vorhandensein eines solchen ist nicht als Bedingung, die accidentiell zu einem an sich vollkommenen Rechtsgeschäft hinzutritt, zu bezeichnen, ...“ Vgl. hier auch Anm 111, wo er sich entgegen Windscheids Auffassung, es handele sich bei der *emptio rei speratae* um eine *condicio iuris*, sehr angebracht auf D. 45,1,73 beruft.

⁶ FERNAND DE VISSCHER: *La vente de choses futures et la théorie du risque contractuel* (Bruxelles-Berlin-Paris 1914), S.88–89.

⁷ REINHARD ZIMMERMANN: *The Law of Obligations* (1992), S.246, Anm. 80.

⁸ Vgl. VOLKER KURZ: „*Emptio rei speratae*“ „Pura“ oder „sub condicione“? *Labeo* 20 (1974) 194–209, bes. S. 207–209.

auffallendes Anzeichen dafür, dass es sich hier doch um einen Bedingungseintritt handelt! Allein man darf sich hier nicht beirren lassen! Pomponius verwendet die gedankliche Figur der Rückziehung ausschliesslich auf die Geburt des *partus*. Nichts berechtigt uns dazu, diese Konstruktion ohne weiteres auf die *fructus futuri* zu übertragen, wie es Seckel-Levy⁹ unbesonnen tun. Wir wissen ja, dass *partus* hier eindeutig Sklavenkind bezeichnet. So liegt der Schluss nahe: Pomponius bedient sich hier der Fiktion der *nasciturus*-Regel, um eventuelle Einsprüche des Käufers gegen den Verkäufer nach der Geburt angesichts des *partus* – z.B. es ist wider seine Erwartungen ein Mädchen geboren, das Neugeborene scheint ein Schwächling oder Kränkling zu sein – im voraus abzuwehren. Nicht einmal die Gewährung der *actio empti* gegen den Verkäufer, der das Perfektwerden vertragswidrig verhindert (... "*sed si egerit venditor, ne nascatur aut fiant, ex empto agi posse <constat>*"), zwingt uns zur Annahme, Pomponius wolle hier die *condicio pro impleta habetur*-Regel zur Anwendung bringen.¹⁰ Das unbedingte, aber noch imperfekte Kaufverhältnis bewirkt ja schon – wie oben dargelegt – an sich die rechtliche Verpflichtung, das Perfektwerden aktiv zu befördern.

Das Problem der *emptio ad mensuram*

Eine andere, vielfach besprochene Quellenstelle im selben Digestentitel scheint uns jedoch nahezulegen, zwei hervorragende klassische Juristen, Sabinus und Cassius hätten Perfektwerden mit Bedingungseintritt im wesentlichen gleichsetzen oder irgendwie unter einen Hut nehmen wollen. Gaius berichtet uns nämlich in einem anscheinend unversehrt erhalten gebliebenen Passus seines Kommentars zum Provinzialedikt, dass die führenden Lehrer seiner Schule, Sabinus und Cassius das Perfektwerden eines Quantitätskaufs (*emptio ad mensuram*) durch Zumessung, Zuwägung, Zuzählung der Ware als Bedingungseintritt aufzufassen geneigt gewesen seien.

Seckel-Levy¹¹ und in ihrer Folge andere Autoren – Beseler,¹² der ungarische Barnabás Kiss,¹³ Frank Peters,¹⁴ vorsichtig Wolfgang Ernst,¹⁵ vor kurzem Martin

⁹ EMIL SECKEL-ERNST LEVY: Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht, SZ 47 (1927).

170. Anm. 8.

¹⁰ Vgl. die merkwürdige Argumentation, mittels deren David Daube, Condition prevented from materialization, TR 28 (1960) 282–289, entgegen Guido Donatuti, Sull'adempimento fittizio delle condizioni, SDHI 3 (1937) 72–73, darzutun sucht, dass die *condicio pro impleta habetur*-Regel in unserem Fall unbrauchbar ist. ANTONIO MASI: Studi sulla condizione nel diritto romano (Milano 1966), S. 224–225, kehrt jedoch entgegen Daube zur Anwendung der Regel zurück. Masi, S. 159, versteht auch nicht, warum die Rückziehung im Text nur auf die Geburt des *partus* angewendet wird. Die Rückwirkung athetiert Pringsheim, SZ 44(1924)430, Anm. 7, den Passus radikal umgestaltet Beseler, TR 8 (1928) 287.

¹¹ SECKEL-LEVY (o. Anm. 9), S. 186–188, Rekonstruktion der Gegenmeinung durch Levy, bzw. Seckel S. 188.

Pennitz¹⁶ – nehmen an, Gaius vertrete hier die Lehre der sabinianischen Schulhäupter, die entgegengesetzte Meinung der Prokulianer sei aber der Kürzung halber durch die Kompilatoren gestrichen worden. Die Prokulianer hätten nämlich angenommen, falls die zu übergebende Quantität bereits konkret bestimmt dasteht und die Zumessung, Zuwägung, Zuzählung der Warenmasse bloss zwecks Preisbestimmung benötigt ist, sei der Kauf schon mit Kaufabschluss perfekt geworden.

Somit erscheint in der romanistischen Literatur – neben der berüchtigten „Jagd nach Interpolationen“ – die vielmals ebenso übertriebene und willkürliche „Jagd nach Klassikerkontroversen“.¹⁷ Obwohl die Existenz zahlreicher Klassikerkontroversen freilich nicht im mindesten in Zweifel gezogen werden darf, entbehrt die Annahme einer Klassikerkontroverse in unserem Fall jeder denkbaren Grundlage. Gaius spricht in unserem Text über Zumessung, Zuwägung, Zuzählung von Fungibilien (vertretbarer Sachen) ganz im allgemeinen. Die Auslegung der erwähnten Verfasser, die die in Frage stehende Betätigung auf den Fall einer schon konkret bestimmten, vorhandenen Warenmasse,¹⁸ wo nur noch die Preisbestimmung erübrigt, beschränken wollen,

¹² Rekonstruktion TR 8(1928)291.

¹³ BARNABÁS KISS: A „veszély” kérdése adásvételnél (Die Frage der Gefahrtragung beim Kauf) II. Periculum emptoris (Kecskemét 1943), S. 147.

¹⁴ FRANK PETERS: Periculum est emptoris, in *Iuris Professio, Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag* (Wien-Köln-Graz 1986), S. 227.

¹⁵ ERNST (o.Anm.3), S. 236: „Nicht auszuschliessen ist die Annahme Seckels...” S. hier auch Anm. 62.

¹⁶ MARTIN PENNITZ: Die Gefahrtragung beim Weinverkauf, TR 62 (1994) 262–265.

¹⁷ Eine andere „Klassikerkontroverse“ wollen SECKEL-LEVY (o.Anm.9), S. 164–170, herausspüren aus dem Umstand, dass Paulus in D. 18,6,8 pr. die Lehre von Proculus und Octavenus anführt, woran sich dann angeblich Pomponius anschliesst. Die Prokulianer hätten also die Ansicht vertreten, dem Bedingungeintritt sei rückziehende Kraft auch in bezug auf die Gefahrtragung des Käufers zu verleihen. So auch ERNST (o.Anm.3), S. 227–229 mit Anm. 41. Eine solche, gegen den gesunden juristischen Sinn verstössende Ansicht den Prokulianern zuzumuten, ist jedoch vollkommen abwegig. Es liegt auf der Hand, dass die Preisgefahr dem Käufer nach dem Untergang der Kaufsache nachträglich aufgrund des Bedingungeintritts keineswegs anzulasten ist. Die papinianische Maxime in F.V.16 beruft sich nicht auf die Rückwirkung und ist wohl anderweitig zu erklären. Gegen die vermutete prokulianische Meinung mit guten Gründen auch BARNABÁS KISS (o.Anm.13), S. 107–109.

¹⁸ SECKEL-LEVY (o.Anm.9), S. 182: „Zuvor hebt das *omne vinum etc.* sachgemäss hervor, dass in beiden Fällen ein Kauf des ganzen Vorrates und damit ein Spezieskauf in Frage steht...” Demgegenüber schon richtig FRANZ HAYMANN: Zur Klassizität des *periculum emptoris*, SZ 48 (1928) 377–378: „Aber selbst der jetzige Wortlaut zwingt nicht schlechthin zu der Annahme, dass mit dem *quod si vinum ... oleum ... frumentum ... argentum ... ita venierit ut in singulas amphoras ... certum pretium diceretur* ein reiner Spezieskauf gemeint sein müsste”. Eine reine Spezieskauf nimmt noch immer PENNITZ (o.Anm.16), S.262 („eine vorhandene Warenmenge”) mit Anm. 49, an. Anders schon J.A.C.THOMAS: Marginalia on *certum pretium*, TR 35 (1967) 86, aber s. auch 88, wo er die vermutete prokulianische Meinung für unwahrscheinlich hält („... it is difficult to see how the Proculians could have had a different view”), und FRANCO CASAVOLA: *Emptio pondere numero mensura*, Scritti Jovene (1954), S. 560, 577–580, für mich nicht zugänglich. Unklar ERNST (o.Anm.3), S.235–236. Es ist nicht klar zu sehen, was bei Ernst die

ist darum unbegründet und tendenziös. Es liegt auf der Hand, dass es Gaius nicht darauf ankommt, ob die zu übergebende Warenmenge von Fungibilien bereits individuell bestimmt ausgewählt ist oder nicht. Was Gaius vor den Augen schwebt, mag gegebenenfalls ein reiner Gattungskauf (Genuskauf) sein!¹⁹ Unsere Verfasser wählen aber begreifbar die erwähnte einschränkende Auslegung (*interpretatio restrictiva*), um die erwünschte Klassikerkontroverse erdenklich erscheinen zu lassen.

Aber auch abgesehen von dieser handgreiflichen *petitio principii*, ist die angebliche prokulianische Ansicht mit dem eigenen, übrigens sehr nüchternen Standpunkt von Seckel-Levy gänzlich unvereinbar. Nimmt man nämlich in der Tat an, den Prokulianern gemäss werde der Kauf bereits ohne Zumessung, Zuwägung, Zuzählung der Warenmenge perfekt, so verstösst diese Lehre unversöhnlich gegen das Erfordernis der Abholbarkeit, die Seckel-Levy als entscheidendes Perfektionsmerkmal aufstellen. Und zwar in erster Linie nicht deshalb, weil beim Untergang der Kaufsache die Bestimmung des Kaufpreises unmöglich wird. Nötigenfalls könnte man noch nach Hilfsverfahren greifen, z.B. das leer gewordene Fass, dem der Wein entronnen ist, mit Wasser ausfüllen und auf diese Weise die Abmessung nachträglich bewerkstelligen. Ist aber das Fass selbst untergegangen oder erweislich nicht voll gefüllt gewesen, so ist der Nachvollzug der Messung gänzlich undurchführbar. Diese Eventualitäten machen schon an sich die angebliche prokulianische Lehre völlig unwahrscheinlich. Aber auch abgesehen von solchen Bedenken, scheint es praktisch vollkommen undenkbar, dass ein Verkäufer die bei sich befindliche Warenmenge durch den Käufer abholen lässt, bevor die Abmessung der Warenmenge vollzogen worden wäre. Als ob man eine ihm angebotene Schuldzahlung entgegennähme, die erhaltene Geldsumme aber erst zu Hause nachzählen wollte! Die angebliche prokulianische Lehrmeinung verstösst daher gegen den gesunden kaufmännischen Sinn. Einen solchen Satz den Prokulianern zuzumuten, geht es also einfach nicht an. Die bei Gaius tatsächlich vorfindliche Wendung („*Sabinus et Cassius tunc perfici emptionem existimant...*“) lässt mangels jeden anderweitigen Quellennachweises einer wirklichen Schulenkcontroverse allein darauf Schluss ziehen, dass sich die genannten Schulhäupter mit der Frage befassten und den von Gaius mitgeteilten Standpunkt, der den praktischen Ansprüchen des Handelsverkehrs vollkommen genügt, eingenommen haben. Der Sabinianer Gaius ist begreiflicherweise gewillt, dieses Verdienst seiner Schule gebühlich hervorzuheben.

Wendung „aber noch keine bestimmte Menge festgelegt“ eigentlich heisst. Handelt es sich um eine konkret vorhandene, aber noch nicht abgemessene Warenmenge, also einen Spezieskauf, oder um eine noch nicht konkret ausgewählte Warenmenge, also einen reinen oder beschränkten Genuskauf.

¹⁹ Dieser Gedanke klingt schon an bei ERNST RABEL: Gefahrtragung beim Kauf, SZ 42 (1921) 555 Anm. 3.

Andererseits aber lässt sich u. E. mit guten Gründen nahelegen, dass die „Quasi-Bedingungslehre“ der Sabinianer in Wahrheit bloss eine Chimära ist. Es ist nämlich wohl bekannt, dass die Justinianer Perfektwerden und Bedingungseintritt ohne Bedenken zusammenwerfen. Die durch die Klassiker offengelassene Streitfrage, ob ein Dritter den Kaufpreis bestimmen kann, entscheidet Justinian, indem er den fraglichen Kauf als bedingtes Geschäft behandelt. Diese berühmte *decisio* des Kaisers ist quellenmässig eindeutig dokumentiert (vgl. Gai. 3,140 auf der einen, C. 4,38,15,1 und I. 3,23,1 auf der anderen Seite) und mittels einer handgreiflichen, längst anerkannten Interpolation im Digestentext (vgl. D. 19,2,25 pr.) durchgeführt.

Des weiteren darf keinesfalls ausser Betracht bleiben, dass unser Gaiustext (D. 18,1,35,5, lb. decimo ad ed. prov.) ersichtlich verstümmelt ist: „... *si vinum ita venierit, ut in singulas amphoras, item oleum, ut in singulos metretas, item frumentum, ut in singulos modios, item argentum, ut in singulas libras certum pretium diceretur, quaeritur, quando videatur emptio perfici. Quod similiter scilicet quaeritur et de his, quae numero constant, si pro numero corporum pretium fuerit statutum. Sabinus et Cassius tunc perfici emptionem existimant, cum adnumerata admensa adpensave sint, quia venditio quasi sub hac condicione videtur fieri, ut in singulos metretas aut in singulos modios quos quasve admensus eris, aut in singulas libras quas adpenderis, aut in singula corpora quae adnumeraveris*“.

Der auf *quia venditio quasi sub hac condicione videtur fieri* folgende, mit *ut* eingeleitete Nebensatz ermangelt nämlich des Prädikats. Th. Mommsen schiebt darum am Anfang des Nebensatzes *<in singulas amphoras contrahatur aut>* ergänzungshalber ein. Während *<in singulas amphoras>* zweifelsohne gute Unterstützung in *quasve admensus eris* findet, denn Gaius gebraucht *metretas* – grammatisch ganz korrekt – im Maskulin, wird durch *<contrahatur>* der Satz gar nicht klarer gemacht. Der vorliegende Tatbestand ist ja schon durchaus eindeutig festgelegt: es geht um einen Quantitätskauf (*emptio ad mensuram*), wo die Zumessung, Zuwägung, Zuzählung der vorhandenen Warenmenge noch erübrigt. Nach der Mommsenschen Ergänzung beinhaltet aber der verstümmelte Nebensatz um nichts mehr als die blossе Wiederholung des übrigens keineswegs fraglichen Tatbestandes. Damit lässt sich unmöglich der Standpunkt der genannten Erzsabinianer tiefer begründen oder erklären.

Seckel-Levy wollen unseren Passus als Vertragsklausel auffassen, die ursprünglich etwa so gelautet haben mag: *<In singulas amphoras> quas admensus eris <denis hoc vinum est mihi emptum>*.²⁰ Gemäss der Exegese unserer Verfasser soll der Textausfall auf Gaius selbst zurückgehen. Die vermutliche Preisbestimmung von seiten des Käufers möge der Jurist ohne weiteres fallengelassen haben, er solle sich ja ausschliesslich für die Bedingung der Kaufperfektion interessiert haben. Doch springt einem sofort ins Auge, dass

²⁰ SECKEL-LEVY (o.Anm.9), S.184–185, ähnlich PENNITZ (o.Anm.16), S. 263.

ut mit Indikativ (<*denis hoc vinum est mihi emptum*>) unverträglich ist. Darum wollen die Verfasser das Gewicht dieses Wörtchens anscheinend abmildern und mit *velut* ersetzen. Aber *quasi sub hac condicione* zieht jedenfalls einen Konsekutivsatz nach sich, das Bindewort *ut* ist also zweifellos richtig am Platze. Aber auch abgesehen von der grammatischen Unebenheit, die Seckel-Levys Textergänzung mit sich bringen würde, lässt sich kaum denken, dass sich die Erzsabinianer zur Begründung ihrer Lehrmeinung einfach auf den Wortlaut der Geschäftsklausel berufen hätten. Diese Klausel hätte ja um nichts mehr enthalten, als was wir schon anderweit wissen, also den Tatbestand, worum es im Text geht. Somit sind wir mit der Exegese von Seckel-Levy eben da, wo mit der Textemendation Mommsens.

Wir möchten vermuten, dass die angeführten Schulhäupter auf den überaus nicht banalen Gedanken anspielen wollen, dass infolge der gemeinsam durchgeführten Messungstätigkeit der Parteien der Kauf in bezug auf die je einzelnen Warenpartien allmählich perfekt wird.²¹ Ebenso wie die je einzelnen Warenpartien nacheinander zugemessen, zugewägt, zugezählt werden, wird auch der Preis derselben im je einzelnen vereinbart. Daher möchten wir vorschlagen, unseren *ut*-Nebensatz am Ende mit dem Zusatzteil <*singillatim pretium statuatur (constituatur, dicatur)*> zu ergänzen.

Im Handelsverkehr, besonders im Grosshandel ist es üblich, dass der Kaufpreis von der zu kaufenden Warenquantität abhängig festgestellt wird. Je mehr man kauft, desto billiger! Der Gedanke liegt nun nahe, den handelsüblichen Rabatt schichtenweise zu verteilen, etwa in folgender Weise: bis zu einer gewissen Quantitätsgrenze zahlt man einen bestimmten Preis pro Einheit für die Ware, über dieser Grenze schon einen niedrigeren Preis pro Einheit und so weiter. Mathematisch ist es nun unleugbar elegant, die Verhältnisse so vorzustellen, dass eine jede nachfolgende Masseinheit aus der abzumessenden Ware für einen gewissermassen niedrigeren Kaufpreis verkauft wird als die vorangehende. Das gedankliche Modell, dessen sich die sabinianischen Schulenfürer bedienen, ist also alles andere als ausgeklügelt oder lebensfremd. Im Gegenteil, der Gedanke der Klassiker kommt den Erfordernissen des Grosshandels bei weitem entgegen.

Im Verlauf der handschriftlichen Überlieferung mögen die drei letzten Worte (<*singillatim pretium statuatur*>) unserem Konsekutivsatz entfallen sein. Die justinianischen Kompilatoren durchliefen den verstümmelten Nebensatz anscheinend nur kursorisch und recht oberflächlich. Den

²¹ Schroff ablehnend gegenüber dem Gaiustext AUGUST BECHMANN: *Der Kauf nach gemeinem Recht II* (Erlangen 1884, Neudruck Aalen 1965), S. 341–342: „...die Wendung dagegen, welche Gaius und seine Gewährsmänner der Sache geben, als sei jeder einzelne Teil usw. unter der Bedingung des Zuwägens verkauft, ist ersichtlich falsch und die heutige Wissenschaft sollte endlich diese unbeholfene und irrige Construction aufgeben“. Im Gegenteil will CASAVOLA (o.Anm.18) die je einzeln zugemessenen Warenpartien als je einzelne Spezies verkauft wissen.

eigentlichen Gedanken der Klassiker zu erfassen, waren sie offenbar nicht mehr imstande. Sie verstanden unseren Satz dahin, dass man hier einfach auf die wirkliche Durchführung der Warenabmessung als Voraussetzung der Kaufperfektion hinweisen wolle. Sie lasen also den Satz vermutlich so: ...*ut [in] singulos metretas aut [in] singulos modios [quos quasve] admensus eris aut [in] singulas libras [quas] adpenderis aut [in] singula corpora [quae] adnumeraveris*. Sie bemerkten nicht oder wollten nicht bemerken jene Satzteile, die als Überreste der früheren Fassung des Satzes diesem Verständnis anscheinend im Wege stehen. Vielmehr zogen sie ihren Lieblingsgedanken, Kaufperfektion sei eigentlich Bedingungseintritt, ermuntert heran. In der sabinianischen Lehrmeinung glaubten sie nämlich eine herzlich willkommene Bestätigung der unklassischen Entscheidung ihres Kaisers gefunden zu haben und sahen sich auch am hiesigen Ort dazu veranlasst, diesen Gedanken in den Digestentext hinterher einzuschmuggeln. Daher kamen sie auf den Entschluss, im *quia*-Satz, wo Gaius die Begründung der sabinianischen Lehrmeinung anzugeben beginnt, zwischen *quasi* und *hac condicione* arglistig die Präposition *sub* einzuschieben: *quia venditio quasi [sub] hac condicione videtur fieri, ut <in singulas amphoras aut> in singulos metretas aut in singulos modios quos quasve admensus eris aut in singulas libras quas adpenderis aut in singula corpora quae adnumeraveris <singillatim pretium dicatur>*. So erscheint der höchst praktische, geniale Gedanke der Klassiker in der Überlieferung nach dem Geschmack der justinianischen Juristen umgestaltet und zugestutzt.

Allerdings sind wir imstande, aufgrund der vorherigen Untersuchungen die Verwechslung von Bedingungseintritt und Kaufperfektion den Klassikern beruhigt abzusprechen.

III. Ist Hoffnung als Ware aufzufassen?

Dogmatische Erwägungen

Dem in der romanistischen Literatur bis zum heutigen Tag gang und gäbe vertretenen Lehrsatz, Hoffnung sei als Ware im Hoffnungskauf aufzufassen, können u. E. zwei unwiderstehliche Einwände entgegeng gehalten werden.

Der römische Kauf umfasst bekanntlich zwei Bestandteile: ein obligatorisches Verpflichtungsgeschäft und ein dingliches Verfügungsgeschäft. Zeitlich mögen diese Bestandteile auch zusammenfallen oder der Regel nach auseinanderfallen, ihre abweichende rechtliche Natur verbietet es doch gänzlich, sie miteinander zu verwechseln. Durch das Verpflichtungsgeschäft verpflichtet sich der Verkäufer dazu, die Ware dem Käufer zu übergeben, der Käufer auf der anderen Seite dazu, den Kaufpreis dem Verkäufer zu bezahlen. Diese Verpflichtung erfüllt sich dadurch, dass der Verkäufer die Ware wirklich übergibt, der Käufer den Kaufpreis wirklich bezahlt. Die Warenübergabe ist

Tradition, ein Verfügungsgeschäft, das regelmässig Eigentum an der Kaufsache auf den Käufer überträgt, aber jedenfalls den Besitz der Kaufsache ihm verschafft. Besitzverschaffung kann freilich ersetzt werden durch einen ihr gleichstehenden Akt, indem die Kaufsache als unkörperliche Sache (*res incorporalis*) der Tradition nicht fähig ist. Wird z.B. eine Forderung, ein Niessbrauch oder ein ganzes Vermögen verkauft, ist ein geeigneter Übertragungs-, bzw. Begründungsakt (*cessio, in iure cessio, Mancipatio*) unentbehrlich.

Ist aber Hoffnung schlechthin verkauft, so ist ein denkbares Verfügungsgeschäft offensichtlich ausgeschlossen. Hoffnung kann man unmöglich übergeben oder übertragen.²² Die Annahme, Hoffnung sei selbst die Kaufsache oder Ware im Hoffnungskauf, denaturiert den römischen Kauf in solchem Masse, dass es nicht mehr möglich erscheint, vom Kauf überhaupt noch ernsthaft zu sprechen.

Diesem Einwand schliesst sich ein anderer unmittelbar an. Ist im Hoffnungskauf nun tatsächlich Hoffnung verkauft, worin besteht die Erfüllung dieses Vertrags? Der Käufer hat selbstverständlich den Kaufpreis zu bezahlen, aber wozu ist der Verkäufer eigentlich verpflichtet? Was heisst überhaupt Hoffnung leisten?

Er darf allerdings die Hoffnung des Käufers nicht vereiteln, sondern soll seinerseits alles tun, was dieser Hoffnung zur Verwirklichung verhilft. Er soll das Fisch- oder Vogelfangnetz rechtzeitig auswerfen oder inmitten der Masse stehen und nach den Missilien greifen. Sind diese Akte des Verkäufers nun völlig erfolglos, so mag man alles beruhigt dabei bewenden lassen. Der Verkäufer hat ja seiner Leistungspflicht vollkommen genügt, alles getan, was zu tun von ihm erforderlich war.

Das Problem taucht erst im entgegengesetzten Falle auf. Sind tatsächlich Fische, Vögel, Wildtiere gefangen oder eine gewisse Menge von Missilien ergriffen, so ist er nun wirklich verpflichtet, dieses Erträgnis ohne weiteres dem Käufer zu übergeben? Hat er doch nicht schlechthin Hoffnung verkauft? Die Hoffnung selbst hat er ja schon vorher geleistet! Durch das Auswerfen des Fangnetzes hat er ja schon Hoffnung dem Käufer geleistet, die Warenleistung von seiten des Verkäufers ist also bereits vollzogen. Und folglich kann er sich nicht damit abfinden, dass er jetzt noch darüber hinaus auch die Fische, Vögel, Wildtiere, Missilien ohne Zusatzpreis dem Käufer herauszugeben verpflichtet

²² Offenbar deshalb sieht sich BERNHARD WINDSCHEID: *Lehrbuch des Pandektenrechts II*, 7. Aufl. (Frankfurt am Main 1891), S. 404 Anm. 8c, ähnlich 9. Aufl. (Frankfurt am Main 1906), S. 628, Anm. 8c, gezwungen zur verzweifelten Erklärung: „Das rechtliche Verhältnis ist, dass die Leistung des Verkäufers nicht in der Verschaffung der Sache, sondern in der von ihm abgegebenen Willenserklärung besteht, und der Käufer damit zufrieden ist“. Also der Hoffnungskauf ist ein Kauf, wo der Verkäufer mit dem Kaufabschluss bereits seine Leistungspflicht erfüllt!

sei. Hoffnung muss ja notwendig dasselbe bleiben, ob sie sich erfüllt oder nicht, darauf kommt es nicht an.²³

Diesem Rechtsstandpunkt ist freilich keineswegs zuzustimmen. Celsus selbst betont, dass der Fischer selbstverständlich haftet, wenn er den Fischfang dem Käufer zu übergeben verweigert (D. 19,1,12, lb. vicesimo septimo digestorum): „*Si iactum retis emero et ... si quod extraxit piscium reddere mihi noluit, id aestimari debet quod extraxit*“. Der modellartige Gedankengang als durchschlagendes *argumentum ad absurdum* folgt doch logisch einwandfrei aus dem herrschenden Konzept des Hoffnungskaufs und führt fogerichtig zu den letzten – offensichtlich absurden – Konsequenzen dieser Lehre. Als Kaufsache oder Ware kann keinesfalls blosser Hoffnung, sondern nur der Ertrag des Fanges, den der Verkäufer dem Käufer zu übergeben hat, angesehen werden.

Kritische Übersicht des Schrifttums

Diese nüchternere Sehweise tritt in der romanistischen Literatur manchmal auf. Die unumwundene Feststellung eines Disserenten aus 1731, des Johannes Ulricus Cramerus spricht für sich: „*Absonum sane est affirmare quod spes ematur. Neque enim emitur, nisi quod Emtori se traditurum promittit Venditor. ... Ergo pisces quos capturus est a piscatore Emtor emit*“²⁴ Ein so bedeutender Forscher wie August Bechmann lehnt die herrschende Meinung mit guten Gründen ab.²⁵ Ihm schliessen sich Friedrich Endemann²⁶ und später Fernand De Visscher²⁷ an. Doch vermögen diese Verfasser, die sich mit dem Thema sehr eingehend und tiefdringend befassen, keinen Durchbruch im Meinungsstand zu erreichen. Arangio-Ruiz,²⁸ Monier,²⁹ Calonge,³⁰ also Forscher, die besonderes

²³ Den Kern dieses Gedankenganges erkennt bereits FRANZ HOFMANN: *Das Periculum beim Kauf* (1870), S.108: „Die Hoffnung hast Du schon gehabt, die Fische behalte ich für mich“. EDUARD BRAUN: *Finden die Grundsätze des Kaufes auf die emtio spei Anwendung?* (Inaugural-Dissertation, 1896), S.16, wendet dagegen ein, „dass das Wesen der Hoffnung oder, anders ausgedrückt der Gewinnaussicht gerade darin besteht, dass der Käufer die Herausgabe der gefangenen Fische verlangen kann“. Na ja, gewiss, aber warum kann der Käufer die Herausgabe der gefangenen Fische verlangen? Selbstverständlich nur darum, weil er sie gekauft hat und nicht Hoffnung!

²⁴ JOHANNES ULRICUS CRAMERUS: *Specimen novum juris naturalis de aequitate in probabilibus, exemplo emtione spei illustrata* (Marburg 1731, 2. Aufl. 1754.), §5. Der aufgeschlossene, kritische Ton ist unbedingt dem Vernunftrecht zuzuschreiben. In unumwundene Beanstandungen gegen das römische Recht lässt sich ein auch KREYTTMAYR: *Anmerkungen über den Codex Maximilianeus Bavaricus*, S. 1487: „eine wider alle Vernunft streitende Absurdität“.

²⁵ BECHMANN (o.Anm.21), S. 142–144, 252–260.

²⁶ Vgl. bes. ENDEMANN (o.Anm.5), S. 408–414.

²⁷ Vgl. bes. DE VISSCHER (o.Anm.6), S. 21–31, 72–86.

²⁸ VINCENZO ARANGIO-RUIZ: *La compravendita in diritto romano I* (2.Aufl., Napoli 1956), S. 119: „Qui oggetto della vendita non è propriamente la cosa futura, ma le probabilità che si presentano del se e del quanto della sua produzione...“, S.121: „vendita di un'alea“.

²⁹ RAYMOND MONIER: *Manuel élémentaire de droit romain* (Neudruck Aalen 1977), S. 137–138.

Interesse dem römischen Kaufrecht entgegenbringen, kehren über die Gegenstimmen bedenkenlos zur Tagesordnung zurück. Führende Vertreter der Interpolationenkritik, so Vassalli,³¹ Beseler,³² Schulz³³ wollen den Hoffnungskauf den Byzantinern zuweisen, doch beschäftigt sie die dogmatische Struktur der betreffenden Figur keineswegs. Nach der siegreichen Antikritik von Daube³⁴ und Thomas,³⁵ die allgemeinen Beifall findet, sind auch die interpolationistischen Bedenken gegen den Hoffnungskauf ausgeräumt.

Mit besonderem Eifer feiert Calonge die Anerkennung des Hoffnungskaufs durch die römischen Juristen. In diesem Phänomen erblickt er die höchste Stufe der „Vergeistigung“ („*espiritualización*“) des Kaufbegriffs bei den Römern. Was man mit einem „vergeistigten“ Kauf praktisch anzufangen weiss, haben wir vorher aufzuweisen versucht. Besonders verfehlt ist aber die Argumentation, deren sich Calonge bedient, um die geschichtliche Notwendigkeit des Hoffnungskaufs bei den Römern darzulegen.³⁶ Er führt nämlich die Anerkennung dieses eigenartigen Kauftyps darauf zurück, dass solche Vereinbarungen in Stipulationsform nicht eingekleidet werden konnten. Gerade im Gegenteil, hätten sich zwei aufeinander bezogene Stipulationen – für den Käufer etwa in der Form: „*Pisces, qui proximo iactu retis tui retinebuntur, mihi dari spondesne?*“, für den Verkäufer aber in der Form einer abstrakten Geldstipulation – für das fragliche Geschäft juristisch viel brauchbarer erwiesen. Das grundlegende Problem, dass der Hoffnungskauf gegen die gegenseitige Bedingtheit der Leistungen im Kaufverhältnis (das sog. *funktionelle Synallagma*) verstösst, wäre ja hier vollkommen ausgeschieden. Aufgrund der abstrakten Geldstipulation hätte der Käufer die versprochene Summe bedenkenlos auch dann bezahlen müssen, wenn er vom Verkäufer nichts greifbares – ausser Hoffnung – erhalten hätte.

Auf diesen literarischen Meinungsstand lässt sich auch die allgemein verbreitete Ansicht in der Lehrbuchliteratur zurückführen. Es ist daher keineswegs überraschend, dass sich auch die neueren Lehrbücher und lehrhafte Einführungen in das römische Recht der herrkömmlichen Lehre verpflichtet

³⁰ Vgl. bes. CALONGE (o.Anm.1), S. 31–38, 211–214.

³¹ FILIPPO VASSALLI: *Studi giuridici III/I* (Studi di diritto romano) (Milano 1960), S. 372–374, athetiert [*cum quasi alea emitur*] und verdächtigt auch *quia spei emptio est*. Die Konzeption des Hoffnungskaufs hält er für byzantinisch, nur den Kauf eines *iactus retis* will er den Klassikern zuerkennen, der ihnen allerdings verschiedene Probleme aufwarf. Dieser Textkritik folgt MILAN BARTOSEK: *Spes en droit romain*, RIDA 2 (1949) 50.

³² BESELER, TR 8 (1928) 287–288 (eigensinnige Rekonstruktion). Erweiterte Athetierung in Scritt Ferrini III (Milano 1948), S. 295 (Fruges et paleae).

³³ FRITZ SCHULZ: *Classical Roman Law* (Oxford 1951, Neudruck Aalen 1992), S. 528: „The bold idea of an *emptio spei*, i.e. the sale of a pure chance, stands quite alone“.

³⁴ DAVID DAUBE: Purchase of a prospective haul, in *Collected Studies in Roman Law I* (Frankfurt am Main 1991), S. 55–560, früher in Studi Paoli (Firenze 1956), S. 203–209.

³⁵ THOMAS: *Venditio hereditatis and emptio spei*, Tulane Law Review 33 (1959) 541ff. (nicht zugänglich).

³⁶ Vgl. CALONGE (o.Anm.1), S.38–39.

wissen.³⁷ Jüngstens schliesst sich dieser Lehre József Benke³⁸ mit voller Überzeugung an.

Es ist freilich nicht zu verschweigen, dass die herrschende Lehre gelegentlich – meistens unbemerkt – in die von ihr bekämpfte abweichende Meinung übergeht. Sieht man sich nämlich gelegentlich veranlasst, den Begriff 'Hoffnung' für juristische Zwecke näher zu umschreiben, so kann man der Versuchung kaum widerstehen, die Hoffnung mit dem reellen Ertrag der fraglichen Geschäfte zu identifizieren. Ist der Fangversuch glücklich ausgefallen, so verkörpert sich die Hoffnung offenbar im handgreiflichen Ertrag des Untefangens, den der Verkäufer dem Käufer nunmehr zur Verfügung zu stellen hat. Damit gleitet man aber unausweichlich in die andere Meinung über. Diese unvermeidliche Verirrung erweist überzeugend, dass die herrschende Lehre eigentlich auf die abweichende Meinung angewiesen ist, sich nicht allein aufrechterhalten kann.

Zugleich gerät aber auch die abweichende Meinung in kaum überwindliche Verlegenheit. Und zwar dann, wenn der Fang fehlschlägt und dem Käufer nichts greifbares ergibt. Warum ist der Käufer dennoch verpflichtet, für nichts den Kaufpreis in Vollsumme zu leisten? Die formelljuristische Betrachtung weist hier auf die – ausdrückliche oder stillschweigende – Vereinbarung der Parteien hin. Der Käufer muss sich letzten Endes mit dieser nachteiligen Rechtslage abfinden, hat er ja doch selbst seine Einwilligung in diese Eventualität gegeben. Damit ist jedoch die Frage nicht beantwortet, ob eine solche Vereinbarung mit dem rechtlichen Rahmen eines Kaufgeschäfts überhaupt verträglich ist. Jedenfalls will der Käufer dem Verkäufer nicht schenken, sondern ein reines Kaufgeschäft eingehen.

De Visscher nimmt zur vielbehandelten *periculum est emptoris*-Regel Zuflucht, um die heikle Frage zu beantworten. Die Gefahrtragung des Käufers setzt aber bekanntlich das Perfektwerden des Kaufs voraus. Nun sieht sich De Visscher gezwungen, den Hoffnungskauf von Anfang an als perfekten Kauf anzusehen. Das geht aber keinesfalls an. De Visscher beruft sich darauf, der Kaufgegenstand sei schon beim Kaufabschluss im Bewusstsein der Parteien

³⁷ So u.a. KUNKEL/HONSELL (Berlin 1987), S.307, HERBERT HAUSMANINGER – WALTER SELB: *Römisches Privatrecht* (4.Aufl., Wien-Köln 1987), S. 286, THEO MAYER-MALY: *Römisches Privatrecht* (Wien-New York 1991), S. 110, EDOARDO VOLTERRA: *Istituzioni di diritto romano* (Roma 1972), S. 500, GIOVANNI PUGLIESE: *Istituzioni di diritto romano* (Padova 1986), S. 614–615, MATTEO MARRONE: *Istituzioni di diritto romano* (Palermo 1987), S. 636–637, MARIO TALAMANCA: *Istituzioni di diritto romano* (Milano 1990). In Ungarn BENEDEK (o.Anm.1), S. 171, FÖLDI-HAMZA (o.Anm.1), S. 501–502, JAKAB ÉVA – MOLNÁR IMRE: *Római jog* (Römisches Recht) (Szeged 2001), S. 305.

³⁸ JÓZSEF BENKE: A reményvétel „iskolapéldái” a római jogban („Schulbeispiele” des Hoffnungskaufs im römischen Recht), *JURA* 10/1 (2004) 32–38.

geistig vergegenwärtigt und dadurch eindeutig bestimmt.³⁹ Mit dieser Erklärung gelangen wir aber zum vergeistigten Kaufstyp der Römer, der – wie oben erwähnt – besonderen Beifall bei Calonge geerntet hat. Die gegenteiligen Theorien fließen also unausweichlich ineinander, keine der beiden ist fähig, eine eigenständige, folgerichtige Erklärung für das Problem des Hoffnungskaufs zu geben.

Die Aussagen der Quellen

Der grösste Missgriff, den sich die herrschende Lehre zuschulden kommen lässt, ist zweifellos das grundsätzliche Missverstehen der einschlägigen Quellenaussprüche. Es ist höchst bezeichnend, dass Windscheid,⁴⁰ nachdem sein Glaube an die herkömmliche Lehre gewissermassen erschüttert worden ist, sich dennoch gezwungen sieht, zu unterstreichen, dass die Quellen dieses Gebilde zwar eindeutig anerkennen, nur ihre Ausdrucksweise nicht juristisch, sondern vielmehr ökonomisch zu interpretieren ist. Wenden wir uns also nun den Quellen zu!

Die Wendung *emptio spei* (=Hoffnungskauf) kommt bei Pomponius einmal tatsächlich vor. Es ist weiterhin kein einsehbarer Grund zu finden, die Klassizität des Ausdrucks abzuleugnen oder irgendwie in Zweifel zu ziehen. Aber was heisst eigentlich *emptio spei* im klassischen römischen Recht? Es steht fest, dass keinesfalls ein solches Kaufgeschäft, wo Hoffnung als Ware verkauft wird. Ein solcher abstruser Gedanke fällt einem Klassiker niemals ein. *Spes* im Ausdruck *emptio spei* ist keinesfalls als Genitivus obiectivus zu verstehen. Die Wendungen *spes emitur*, *spem emere* und dergleichen kommen in unseren Quellen niemals vor. Erst Accursius in der Glosse⁴¹ und die ihm folgenden Doktoren⁴² lösen den antiken Ausdruck *emptio spei* erklärungshalber auf diese Weise verbalistisch auf. Die textuelle Grundlage der herrschenden Lehre reicht also über das Mittelalter tiefer nicht zurück.

Einem ähnlichen Missverstehen fällt die herrschende Lehre zum Opfer auch angesichts der Wendung *alea emitur*. Hier ist *alea* keineswegs als Nominativ = *aleā*, sondern ausschliesslich als Ablativ = *aleā* (*ablativus modi*) anzunehmen. *Aleam emere* kommt nämlich weder in den römischen Rechtsquellen, noch – ausweislich des Thesaurus Linguae Latinae⁴³ – in der weiteren antiken Literatur vor, obwohl *alea ludere* mit *aleam ludere* sich wechselt.. Unsere Wendung lässt

³⁹ Vgl. De VISSCHER (o.Anm.6), S. 66–72. Besonders wagehalsig, S. 71–72: „Il faut et suffit donc à la perfection de la vente, que la réalisation de la chose soit conçue comme probable, et qu'elle le soit en effet, d'après les données connaissables au moment de la conclusion”.

⁴⁰ WINDSCHEID (o.Anm.22), ibi.

⁴¹ Digestum vetus seu Pandectarum iuris civilis I (Parisiis 1559), fol. 1728: ... *quia spes emitur*...

⁴² Vgl. die reichliche Dokumentation bei ENDEMANN (o.Anm.5), S.362–383.

⁴³ Vgl. Thesaurus Linguae Latinae I (Lipsiae MDCCCC) Sp. 1521–1522.

sich also korrekt nicht mit *Risiko kaufen*, sondern mit *risikohaft kaufen*, mit *Risiko kaufen* wiedergeben. *Aleâ* bezeichnet demnach in diesen und ähnlichen Ausdrücken nicht das Kaufobjekt selbst, sondern die besondere Art und Weise, das besondere Merkmal des fraglichen Kaufgeschäfts. Unumstössliche Bestätigung erfährt unsere Auslegung im Basilikentext,⁴⁴ wo *κόττω πρᾶσις γίνεται* = *aleâ venditio contrahitur* heisst, der Ausdruck also eindeutig auf die Modalität des Kaufs bezogen ist. Korrekt – im Ablativ – gebrauchen *aleâ* einige Schriftsteller, so Azo⁴⁵ oder Mühlenbruch.⁴⁶

Emptio spei wird also für die Klassiker mit aller Wahrscheinlichkeit einfachhin 'spekulativen Kauf' bedeutet haben, also ein Geschäft, zu dessen Abschluss sich beide Parteien durch Hoffnung auf im voraus unberechenbare Vorteile veranlasst sehen. Sowohl der Käufer, als auch der Verkäufer wollen hier einen übermässigen Geschäftsgewinn erreichen. Der Verkäufer rechnet damit, dass er auf diese Weise den materiellen Ertrag seiner Tätigkeit viel besser verkaufen wird, als ob er ihn auf den Markt hätte bringen müssen. Der Käufer rechnet auf der anderen Seite damit, dass er auf diese Weise viel billiger Fisch, Wild und desgleichen kaufen wird, als ob er diese Waren auf dem Markt hätte einkaufen müssen. Die Hoffnung ist also in diesem Zusammenhang nichts anderes als die spekulative Motivation, die beide Parteien bewegt und den Kaufabschluss von beiden Seiten her eigentlich veranlasst.

Kauf von Missilien

Ein besonderer Fall der *emptio spei* ist nach Pomponius der Kauf von Missilien, die in Rom anlässlich gewisser Feierlichkeiten von vornehmen Persönlichkeiten unter die Menge geworfen und durch geschickte Leute schnell aufgerafft worden zu sein pflegten. Sind diese Missilien Geldmünze, so hat wenig Wahrscheinlichkeit für sich, sie im voraus für eine bestimmte Pauschalsumme zu verkaufen. Der Verkäufer wird ja selbstverständlich keine besondere Anstrengung ausüben, je mehr Geldmünzen in der Masse aufzuraffen, wenn das Entgelt für seine Tätigkeit bereits feststeht.⁴⁷ Einige Kritiker⁴⁸ wiesen ausgerechnet auf diesen Fall hin, um den einschlägigen Digestentext zu entkräften. Missilien mögen aber – wie das vor kurzem Rolf

⁴⁴ B. 19,1,7 (=Heimbach II, 258-259).

⁴⁵ Summa AZONIS: *Locuples iuris civilis* (ed. H. Gigantis) (Lugduni 1585), fol. 89, col. 3, n. 6: „*Hoc ita, nisi id agatur, ut sola spes emat: veluti cum quasi alea emit... quia emptio spei est*”.

⁴⁶ CHRISTIANUS FRIDERICUS MÜHLENBRUCH: *Doctrina Pandectarum* (ed. secunda, Halis Saxonium 1827), S. 305: „... aut quasi alea res emitur...”

⁴⁷ Nicht überzeugend der Erklärungsversuch von ARANGIO-RUIZ (o.Anm.28), S. 120: „...a parte la notoria leggerezza di molti fra coloro che amano impegnarsi in ogni specie di gioco, possono anche concepirsi così abbondanti gettiti di *missilia*, che una larghissima percentuale dei presenti possa beneficiarne”.

⁴⁸ So VASSALLI (o.Anm.31), S. 372, und BESELER (o.Anm.32), SCRITTI FERRINI III, S. 295.

Knütel⁴⁹ anhand reicher Quellenbelege überzeugend nachweist – ausser Geldmünzen auch andere Gegenstände gewesen sein. So u.a. *tesserae*, die für verschiedene Warensorten (z.B. für Getreide, Wein, Öl, Holz, Textilien usw.) eingelöst werden konnten. Diese *tesserae* funktionierten also als Anweisungen, mittels derer brachliegende Warenvorräte gewisser Grosshändler umgesetzt werden konnten, die mit der den *iactus missilium* verordnenden Persönlichkeit politisch verbunden waren, sie finanziell unterstützen wollten. So ist es gut denkbar, dass Waren, die für den Aufraffer der ausgeworfenen *tesserae* keinen Wert hatten, anderen, z.B. Kleinhändlern, die im betreffenden Geschäftszweig interessiert waren, sehr wohl zunutze kamen.

Der Abschluss der Eviktionshaftung des Verkäufers, worauf Pomponius mit Nachdruck hinweist („... *et quod missilium nomine eo casu captum est si evictum fuerit, nulla eo nomine ex empto obligatio contrahitur, quia id actum intellegitur*“) (D. 18,1,8,1 i. f.), mag sich mit aller Wahrscheinlichkeit auf solche Waren bezogen haben, die für *tesserae* einlösbar waren. Die Eviktion von Geldmünzen ist freilich kaum vorstellbar.

Emptio spei und Erbschafts Kauf

Der Kauf einer ganzen Erbschaft als Gesamtvermögen ist den Quellen zufolge keinesfalls als *emptio spei* angesehen worden. Es ist nämlich ganz unerlässlich, dass die Erbschaft als Gegenstand des Erbschaftskaufs im Zeitpunkt des Kaufabschlusses rechtlich existiert. Den Kauf einer zukünftigen, erst erwarteten Erbschaft hielten die Römer für ein sittenwidriges, ungültiges Geschäft. Das legt Pomponius eindeutig nieder („*Si hereditas venierit eius, qui vivit aut nullus sit, nihil esse acti, quia in rerum natura non sit quod venierit*“) (D. 18,4,1, lb. nono ad Sab.).

Auf diesen Grundsatz des Erbschaftskaufs weist auch Paulus mit Nachdruck hin: die rechtliche Existenz der Erbschaft zurzeit des Kaufabschlusses ist unerlässliche Bedingung der Gültigkeit des Kaufs („*Cum hereditatem aliquis vendidit, esse debet hereditas, ut sit emptio...*“). In dieser Hinsicht unterscheidet sich der Erbschafts Kauf von der *emptio spei* wesentlich. Im letzteren Fall ist nämlich die Ware beim Kaufabschluss noch nicht vorhanden und es ist grundsätzlich ungewiss, ob sie einmal überhaupt vorhanden sein wird. Dieser Gegensatz entgeht dem juristischen Scharfblick des Klassikers natürlich nicht („...*nec enim alae emitur, ut in venatione et similibus, sed res: quae si non est, non contrahitur emptio et ideo pretium condicetur*“) (D. eo. 7, lb. quarto decimo ad Plautium).

Ulpian betrachtet jedoch das Problem des Erbschaftskaufs aus einem anderen Gesichtspunkt. Er vergegenwärtigt sich die Erbschaft nicht bloss als eine juristische Entität, sondern hauptsächlich als eine ökonomische Grösse, die

⁴⁹ ROLF KNÜTEL: Hoffnungskauf und Eviktionshaftung, SZ 117 (2000) 445–453.

einen bestimmten Vermögenswert trägt. Aus diesem Gesichtspunkt her gesehen erregt nunmehr keine besondere Bedenken, den Erbschafts Kauf mit der *emptio spei* zu vergleichen. Wie bei der *emptio spei* gelegentlich vorkommen mag, dass der wirkliche Wert der Ware gleich Null ist, so mag auch bei einem Erbschafts Kauf der reelle Vermögenswert der Erbschaft letzten Endes Null oder eine negative Grösse annehmen. So ist es keinesfalls auszuschliessen, dass der Käufer ebenso, wie beim Kauf eines Fisch- oder Wildfangs, zum Schluss tief enttäuscht davongehen muss.⁵⁰ Diese Einsicht bringt Ulpian den Vergleich des Erbschaftskaufs mit der *emptio spei* nahe („*Nam hoc modo admittitur esse venditionem 'si qua sit hereditas, est tibi empti', et quasi spes hereditatis: ipsum enim incertum rei veneat ut in retibus*“) (D. eo. 11, lb. trigesimo secundo ad ed.).

Der Text ist allerdings nicht vollkommen in Ordnung.⁵¹ Aus dem zweiten Satz scheint etwas ausgefallen zu sein, der Satz ermangelt ja ersichtlich des Prädikats. Die Verfechter des Hoffnungskaufs sind freilich geneigt, *empta* in den mangelhaften zweiten Satz hineinzulesen. Diese Ergänzung würde aber offensichtlich tendenziös der vorausgesetzten Theorie dienen. Es empfiehlt sich hier daher, vorsichtiger und neutraler vorzugehen. Nach *spes* mag beim Abschreiben sehr leicht ein *est* ausgefallen sein. Somit fiel *spes* und *hereditas* unmittelbar nebeneinander, was Sinnstörung mit sich brachte. Ein späterer Abschreiber wollte dies ausräumen und nahm eine eigenwillige Emandation vor: er setzte *hereditas* in Genitiv. So entstand *spes hereditatis* in unserem Text, ein Ausdruck, der die Interpreten in Verirrung führte. Man glaubte nämlich annehmen zu müssen, hier sei die Existenz der Erbschaft selbst ungewiss, wie beim Hoffnungskauf die tatsächliche Beute. Selbst Kaser⁵² will die Stelle auf den Fall beziehen, dass sich der Verkäufer mittels der Klausel *si qua sit hereditas* von der Haftung befreien will, dem Käufer gegenüber eintreten zu müssen, falls er (der Verkäufer) die Erbschaft rechtlich nicht erwirbt. Für diesen Haftungsausschluss bediente man sich aber der Klausel *si quid iuris esset venditoris venire*, die Iavolen im vorigen Fragment behandelt (D. eo. 10, lb. secundo ex Plautio).

Die Klausel, mit der sich Ulpian befasst, lässt sich also weder auf die juristische Existenz der Erbschaft beziehen, noch auf den Haftungsausschluss des Verkäufers für den Fall, dass ihm die Erbschaft juristisch nicht zusteht. Es handelt sich hier vielmehr darum, dass die in Frage stehende Erbschaft durch die Parteien als ein ganz unbestimmter und ungewisser Vermögenswert in

⁵⁰ Eine ähnliche Lösung hat bereits THOMAS (o.Anm.35), S. 547–549, vorgeschlagen.

⁵¹ Übertriebene Textkritik bei VASSALLI (o.Anm.31), S.371 ff. Vgl. PETER STEIN: *Fault in the formation of contract in Roman and Scots law* (Edinburgh-London 1958), S. 80–82., CALONGE (o.Anm.1), S. 43–44, ARMANDO TORRENT: *Venditio hereditatis*. La venta de herencia en Derecho Romano (Salamanca 1966), S. 161–162.

⁵² MAX KASER: Erbschafts Kauf und Hoffnungs Kauf, *BIDR* 74 (1971) 54–56.

Betracht kommt.⁵³ Der Verkäufer gewährleistet also keinen Vermögenszuwachs dem Käufer zugunsten, er weist jede Garantiepflicht betreffs des Vermögenswertes der Kaufsache von sich schon von vornherein ab. Ulpian's Vergleich der Erbschaft mit *spes* will also die vollkommene Unbestimmtheit und Ungewissheit des Vermögenswertes der Erbschaft unterstreichen, nach unserer Rekonstruktion: *...et quasi spes <est> heredita[ti]s: ipsum enim incertum rei veneat, ut in retribus*. Das *incertum rei* muss auch hier einen abschätzbaren Vermögenswert darstellen, wie bei Celsus: „*Si iactum retis emero et iactare retem piscator noluit, incertum eius rei aestimandum est...*“ (D. 19,2,12, 1b. vicesimo septimo digestorum).

IV. Die dogmatische Struktur der behandelten Kauftypen

Die besonderen Kauftypen, die den Gegenstand unserer Untersuchung bilden, die herkömmlich sog. *emptio rei speratae* und *emptio spei*, stellen nicht voneinander abzutrennende Gebilde dar. Beide Typen lassen sich dogmatisch auf ein einheitliches Grundmuster zurückführen. Es handelt sich in beiden Fällen um einen Kauf unbestimmter Mengen von Fungibilien oder Sachgesamtheiten. Der Ertrag einer zukünftigen Ernte, die gefangene Fischmenge, sowie die aufgeraffte Menge von Missilien können als Quantitäten von Fungibilien angesehen werden. Die Vögel oder andere Wildtiere, die im Fangnetz erhalten geblieben sind, stellen vielmehr Sachgesamtheiten dar, wie eine Herde. Einen Grenzfall bildet das Sklavenkind, das an sich genommen ein unvertretbares Ding ist, im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses jedoch nur generisch bestimmt werden kann.

Diese Fungibilien, bzw. Sachgesamtheiten bilden die Ware, um die es sich in diesen Kauftypen geht. Hoffnung ist unmöglich als Ware in Betracht zu kommen. Falls man das jedoch will, so ist nicht mehr vom Kauf, sondern von einem anderen Geschäftstyp die Rede. Anerkennungswürdig ist deshalb die Konsequenz des ABGB, wonach es sich hier um einen Glücksvertrag handelt (§§1267–1269). Das betont folgerichtig auch Franz Hoffmann. Endemann⁵⁴ hebt mit überzeugender Kraft hervor, dass die herrschende Auffassung des Hoffnungskaufs in Wahrheit darauf gerichtet ist, verschiedenartige Glücksspielverträge unter die Rubrik 'Hoffnungskauf' stellen und dadurch unter den altehrwürdigen Schuttschirm des römischen Rechts hereinbringen zu können.

Das besondere Merkmal der hier in Frage stehenden Kauftypen besteht jedoch darin, dass die Menge der Fungibilien, bzw. Sachgesamtheiten, die den Kaufgegenstand ausmachen, erst nach dem Kaufabschluss durch

⁵³ Dieser Auffassung kommt im wesentlichen nahe auch BECHMANN (o.Anm.21), S. 256–257, der die Ungewissheit auf das Dasein der Erbschaft bezogen wissen will.

⁵⁴ Vgl. ENDEMANN (o.Anm.5), S. 414–423.

unberechenbare Naturkräfte bestimmt wird. Demzufolge tragen beide Typen unleugbar aleatorische Züge: die zukünftige Ernte mag ebenso reichlich wie schmählich ausfallen, nicht anders als die Fisch- oder Vogelbeute im Netz. Während aber der Fruchtertrag beinahe nie auf absolut Null auslaufen kann, ist ein solches Ergebnis beim Fisch-, Vogel- oder Wildfang sehr gut denkbar. Auch die Tätigkeit des Aufraffers mag unter unglücklichen Umständen gänzlich erfolglos bleiben. Ausgerechnet nur darin ist ein gewisser innerer Unterschied zwischen *emptio rei speratae* und *emptio spei* zu erblicken. Auch die Geburt des Sklavenkindes mag natürlich völlig ausbleiben. Doch legt Pomponius hier mittels des Rückziehungsgedankens nahe, dass man einen solchen Kauf erst nach Konzipierung der Leibesfrucht abzuschliessen pflegte.

Ausser dem aleatorischen Zug ist eine andere gemeinsame Kennzeichnung dieser Geschäfte, dass sie beim Vertragsschluss noch notwendigerweise imperfekt sind. Die eigentliche Kaufsache tritt in beiden erst später durch unvoraussehbare Naturvorgänge in Erscheinung. Die Kaufsache ist bei der *emptio rei speratae* tatsächlich künftig, im Zeitpunkt des Kaufabschlusses noch nicht existent. Anders dagegen bei der *emptio spei*: die Fische, Vögel, Wildtiere, die einmal gefangen sein werden, leben und bewegen sich in der Natur im Zeitpunkt des Kaufabschlusses. Nur die Herbeischaffung der wirklich zu übergabenden Exemplare ist noch zukünftig.

Der imperfekte Kauf bringt nichtsdestoweniger Rechtswirkungen hervor. Und zwar nicht nur solche, die auch ein bedingtes Geschäft nach sich zieht. Der Verkäufer ist hier nicht nur negativ verpflichtet, das Perfektwerden des Kaufs nicht zu vereiteln, sondern positiv verpflichtet, die Perfektion des Kaufverhältnisses mit allen möglichen Mitteln herbeizuführen. Das Kaufverhältnis schliesst in sich nämlich nicht nur die Pflicht der Warenübergabe von seiten des Verkäufers und die Pflicht der Kaufpreiszahlung von seiten des Käufers. Diese Verpflichtungen können selbstverständlich erst im Zustand der Perfektion entstehen, wo sinngemäss die Ware bereits vollständig geeignet ist, sofort übergeben zu werden. Das Kaufverhältnis beschränkt sich aber in unserem Fall keineswegs auf den Zustand der Perfektion, sondern erstreckt sich auch auf den Vorbereitungsvorgang der Perfektion. Darum ist – wie betont – der Verkäufer schon im Zustand der Imperfektion positiv verpflichtet, die Perfektion zu bewerkstelligen.

Diese Erstreckung folgt aus der Eigenart des Lebensverhältnisses selbst, worauf sich der Kaufvertrag bezieht. Kauft man nämlich nicht unmittelbar vorhandene und übergebbare Dinge, sondern den zukünftigen Ertrag eines Baufeldes oder Weinberges, die Beute eines Fischzuges oder Wildjagd, so versteht es sich von selbst – der Natur der Sache gemäss –, dass zwischen Kaufabschluss und Kaufvollzug, also das Verpflichtungsgeschäft und das Verfügungsgeschäft ein nicht unwesentlicher Vorbereitungsvorgang stattfindet. Dieser Vorbereitungsvorgang gehört nun selbstverständlich dem Kaufverhältnis zu, m.a.W. das Kaufverhältnis erstreckt sich auf diesen Vorbereitungsvorgang.

Nun ist in unserem Fall das Perfektwerden des Kaufs besonders unberechenbaren Naturvorgängen ausgesetzt. Man könnte sogar sagen, das menschlich unkontrollierbare Spiel der Naturkräfte gibt hier den Ausschlag. Der Vorbereitungsvorgang, der dem Verkäufer positive Leistungspflichten auferlegt, ist darum in hohem Masse risikobeladen. Ist aber der Verkäufer seinen Leistungspflichten im Vorbereitungsvorgang vollständig nachgekommen, und bleibt das erwartete Ergebnis dennoch infolge menschlich unkontrollierbarer Naturereignisse aus, so hat der Verkäufer seine Leistung vollkommen dargebracht und demzufolge hat Anspruch auf die Gegenleistung des Käufers.

Unsere Kauftypen haben also mit der allgemeinen Gefahrtragungsregel *perfecta emptio periculum ad emptorem respicit* nichts zu tun. Die Gefahrtragungsregel regelt den Fall, wo der Verkäufer infolge menschlich unabwehrbarer, höherer Gewalt von seiner Leistungspflicht, die Kaufsache dem Käufer zu übergeben, befreit wird. In diesem Fall schreibt die Regel vor, dass der Käufer dennoch zahlungspflichtig ist, von seiner Leistungspflicht also nicht befreit wird. In unseren Kauftypen handelt es sich dagegen weder um höhere Gewalt, noch um die Befreiung des Verkäufers von seiner Leistungspflicht. Das Ausbleiben des erwarteten Erfolges muss nicht unbedingt auf höhere Gewalt zurückgeführt werden. Dass das ausgeworfene Fangnetz leer bleibt oder die Ernte gering wird, ist gewöhnlich nicht höherer Gewalt zuzuschreiben.

Was aber die dogmatische Struktur der in Frage stehenden Kauftypen am meisten kennzeichnet: hier wird der Verkäufer nicht von seiner Leistungspflicht, die Kaufsache dem Käufer zu übergeben, befreit, sondern diese Leistungspflicht kommt hier überhaupt nicht zustande. Denn wenn das Kaufverhältnis infolge Naturvorgänge den Zustand der Perfektion nicht erreicht, kann natürlich auch die Leistungspflicht des Verkäufers, die Kaufsache zu übergeben, nicht zustande kommen. Die Leistungspflichten aber, die im Vorbereitungsvorgang, also im Zustand der Imperfektion ihm oblagen, hat der Verkäufer erfüllt. Wozu er im Vertrag dem Käufer gegenüber verpflichtet hat, hat er also geleistet, so ist er nun berechtigt, auf die Gegenleistung Anspruch zu erheben. Das Modell, mittels dessen wir dogmatisch die wahre Natur der in Frage stehenden Kauftypen zu entdecken vermögen, ist deshalb nicht die Gefahrtragung des Käufers, sondern die ordentliche Erfüllung der Leistungspflicht von seiten des Verkäufers.

Unsere Kauftypen befinden sich zwischen Genuskauf und Spezieskauf irgendwo in der Mitte. Ein Genuskauf wird perfekt erst im Moment der Warenübergabe. Das Kaufverhältnis erstreckt sich deshalb hier auch auf den Vorbereitungsvorgang: der Verkäufer ist verpflichtet, die Ware nach Art, Quantität und Qualität der Verabredung gemäss herbeizuschaffen und dem Käufer zur Verfügung zu stellen. Diese Aufgabe ist allerdings menschlich durchführbar, Naturvorgänge sind gar nicht imstande, sie unmöglich zu machen, denn – wie bekannt – *genus perire non potest*. Deshalb kann sich die

Gefahrtragsregel hier – abgesehen vom Gläubigerverzug – keine Anwendung finden.

Ein Spezieszkauf wird perfekt bereits im Moment des Kaufabschlusses. Die Erstreckung des Kaufverhältnisses auf die Vorbereitung der Perfektion kommt daher hier nicht in die Rede. Die Kaufsache kann hier aber durch menschlich unabwendbare Ereignisse – höhere Gewalt – vernichtet oder beschädigt werden. Darum tritt hier die Gefahrtragsregel vollen Ernstes in Kraft.

Unsere Kauftypen sind dadurch gekennzeichnet, dass hier die Perfektion erst nach Kaufabschluss, wie beim Genuskauf, aber abweichend vom Genuskauf, risikobeladen, hauptsächlich infolge unberechenbarer Naturvorgänge erfolgt. Hier wird also das Kaufverhältnis notgedrungen auf den Vorbereitungsvorgang erstreckt. Die Gefahrtragsregel findet hier vor Kaufperfektion sinngemäss keine Anwendung. Mit dem Perfektwerden kommt aber ein Spezieszkauf zustande, so steht der Anwendbarkeit der Gefahrtragsregel nichts mehr entgegen.

Unsere Untersuchungen scheinen also zum Schluss die vielfach bezweifelte und abgeleugnete Existenz des römischen Genuskaufs wiederum zu bestätigen. Damit sind wir in verehrendem Einvernehmen mit dem hochverehrten Jubilar, der für die Existenz des römischen Genuskaufs schon mehrmals mit juristischer Klarsicht und praktischem Takt eingetreten ist.⁵⁵

Zugleich hegen wir die Hoffnung, dass diese Ausführungen über die Hoffnung im römischen Kaufrecht die wohlwollende Aufmerksamkeit des hochverehrten Jubilars gewinnen können.

BESSENYŐ ANDRÁS

HELYETTESÍTHETŐ DOLGOK, ILLETVE DOLOGÖSSZESSÉGEK HATÁROZATLAN TÖMEGÉNEK VÉTELE

(Kritikai megjegyzések a jövőbeli dolgok vételéhez)

(Összefoglalás)

A szerző mindenekelőtt vitatja, hogy a jövőbeli dolgok vétele mint egységes dogmatikai kategória fenntartása indokolt lenne. A hagyományos felfogás szerint idetartozik a *remélt dolgok vétele (emptio rei speratae)* és a *reményvétel*

⁵⁵ So u.a. IMRE MOLNÁR: „Periculum emptoris” im römischen Recht der klassischen Periode, *Sodalitas* 5 (Napoli 1984), S.2251.

(*emptio spei*). Egyes szerzők ezekhez még hozzáveszik az eladó által a vevő számára egyedileg elkészítendő dolog vételét is. Az utóbbi esetben az adásvétel tárgya a szerződés megkötésekor még valóban nem létezik, keletkezése azonban gyakorlatilag biztosnak tekinthető, hiszen kizárólag emberi tevékenység eredményeképpen jön létre. Az előző két esetben viszont az eredmény döntően nem emberi tevékenység, hanem természeti erők működésének eredménye. Ezen túlmenően a remélt dolog valóban jövőbeli, hiszen a leendő termés, állatszaporulat, születendő rabszolgagyermek az adásvétel megkötésekor még nem létezik. Reményvétel esetében azonban nem beszélhetünk jövőbeli dologról, hiszen azok a halak, vadak, madarak, amelyeket az eladó a vevő számára meg fog szerezni, már nyilvánvalóan léteznek a szerződés megkötésekor is, csak nem állnak még a felek rendelkezésére.

A szerző a továbbiakban a remélt dolgok vételével és a reményvétellel kapcsolatos hagyományos tanokat veszi bonckés alá.

A remélt dolgok vételét (Pomp. D. 18,1,8 pr.) általában feltételes adásvételnek tekintik. A szerződés azzal a feltétellel lép életbe, válik hatályossá, hogy a remélt dolog ténylegesen létrejön – a termést betakarítják, az állatkölyköt, rabszolgacsecsemőt anyjától elválasztják. Lehet-e azonban ügyleti feltételnek tekinteni az áru létrejöttét, hiszen itt valójában az adásvétel lényeges eleméről (*essentiale negotii*) van szó?

A szerző szerint ez olyan dogmatikai kisiklás lenne, amely semmiképpen sem tulajdonítható klasszikus jogtudósoknak. A Pomponius-szöveg félrevezette az értelmezőket, mivel itt valóban arról van szó, hogy a rabszolgagyermek megszületésével visszamenőleg úgy kell tekinteni, hogy már a szerződés megkötésétől fogva el volt adva, tehát a szerződés megkötésekor nyomban teljes mértékben hatályossá vált a felek között az adásvételi jogviszony („...ut cum editus esset partus, iam tunc, cum contractum esset negotium, venditio facta intellegatur...”). Úgy tűnik, hogy itt a felfüggesztő feltétel bekövetkezésének tulajdonít visszamenőleges (retroaktív, *ex tunc*) joghatást Pomponius. Nem tekinthető azonban véletlennek vagy hibának, hogy a szövegben kimarad a gyümölcsökre történő utalás, kizárólag rabszolgagyermekről van szó. A szerző szerint ebből az következik, hogy Pomponius itt nem a felfüggesztő feltétel bekövetkezésének visszaható hatályát, hanem a *nasciturus*-fikciót alkalmazza.

Behatóan foglalkozik továbbá a szerző azzal a szakirodalomban elterjedt nézettel, mely szerint *emptio ad mensuram* esetében, ahol a felek a vételárat a dolog lemérésére alkalmas mértékegységben határozták meg, Sabinus és Cassius azt a később uralkodóvá vált felfogást képviselte, hogy a dolog lemérése, amely az adásvétel perfektuálódásához nyilván elengedhetetlen, voltaképpen az adásvétel felfüggesztő feltételének tekinthető (így Gaius, D. 18,1,35,5). A szerző szerint az adásvétel tárgyának konkretizációját, ill. a vételár pontos, szakszerű meghatározását szolgáló lemérés mint perfektuáló tényező dogmatikailag nem tekinthető felfüggesztő feltételnek. Hiszen egy felfüggesztő feltétel bekövetkezését egyik fél sem köteles előidézni, csupán annak megakadályozá-

sától köteles tartózkodni. *Emptio ad mensuram* esetében viszont nyilvánvaló, hogy az eladó köteles záros határidőn belül megvalósítani a lemérést, a vevőnek pedig ebben együtt kell működnie vele.

Ismeretes, hogy a juszteniánuszi jogászok bizonyos esetekben egy kalap alá vették a szerződés perfektuálódását az ügyleti feltétel bekövetkezésével. Így azt a klasszikusok által el nem döntött vitakérdést, vajon harmadik személy meghatározhatja-e a vételárat vagy a bérleti díjat (vö. Gai. 3,140 és 143), Juszteniánusz úgy döntötte el, hogy ilyen esetekben az ügyletet feltételesnek kell tekinteni: ha a kijelölt személy a feladatot megfelelően végrehajtja, a feltétel bekövetkezett, az adásvétel, illetve a bérlet hatályos, ellenkező esetben nem (vö. C. 4,38,15, I. 3,23,1). Ez a megoldás tehát felfüggesztő feltételnek tekinti az ügylet egy lényeges alkatrészének meghatározását. A császári döntést a kompilátorok át is vezették a *Digesta* szövegébe (vö. D. 19,2,25 pr.), mégpedig éppen egy Gaiusnak az *edictum provinciale* szövegéhez írt kommentárjából vett fragmentumba. Igen plauzibilisnek tekinthető ezek után, hogy hasonló értelmű belenyúlás történt ugyanebbe a szövegbe az adásvétellel kapcsolatosan is. Az említett Gaius-hely (D. 18,1,35,5) tehát interpoláltak tekinthető, amennyiben az áru lemérését mit ügyleti feltételt állítja be.

A továbbiakban a szerző választ próbál adni arra a híres vitakérdésre, mit kell voltaképpen a reményvétel tárgyának tekinteni, mit adnak el reményvétel esetén. Az uralkodó tan a *Glossa Accursiana* óta itt egyszerűen a reményt, egy bizonytalan vagyonszerzés pusztá esélyét, lehetőségét tekinti árunak, az adásvétel tárgyának. Fő érve maga a *Digesta*-szöveg (D. 18,1,8,1), ahol Pomponius leszögezi, hogy „... *quasi alea emitur... quia spei emptio est...*” Egy kisebbségi nézet szerint viszont, melynek már a XVIII. században volt képviselője (Johannes Ulricus Cramer), majd a XIX. században (Franz Hofmann, August Bechmann, Friedrich Endemann) és a XX. században is (Fernand De Visscher), semmiképpen sem a pusztá remény, hanem csakis a reménybeli szerzés tényleges eredménye – a halászat, vadászat, madarászat során ténylegesen szerzett zsákmány – tekinthető árunak.

A szerző szerint egyik álláspont sem ad kielégítő megoldást a kérdésre. Az uralkodó tan, mely szerint magát a reményt kell árunak tekinteni ebben az adásvételben, dogmatikailag nem vehető komolyan. Áru csak az lehet a római adásvételben, ami *traditio* vagy más, ezzel egyenértékű rendelkező aktus – pl. *mancipatio*, *in iure cessio*, *cessio* – tárgyát képezheti. A reménynek adásvétel tárgyává nyilvánítása a római adásvétel teljes denaturálása, szerencseszerződés-sé történő átminősítése lenne, amint pl. az ABGB 1267. és 1269. §-a teszi. Nem lenne megindokolható továbbá, milyen alapon követeli a vevő az eladótól a kifogott halakat, zsákmányolt vadakat, madarakat. Hiszen ő reményt vásárolt, nem halat, vadat vagy madarat! Sikeres szerzés esetében tehát kétségtelenül a kisebbségi nézet van előnyben az uralkodó nézettel szemben.

Fordul azonban a kocka, ha a szerzési kísérlet sikertelen. Ilyenkor az uralkodó tan van előnyben a kisebbségi nézettel szemben. Ha ugyanis a vevő nem

reményt vásárolt, hanem a szerzés eredményét, a zsákmányt vásárolta meg, de nem kap semmit, mert nem sikerült semmit zsákmányolni, miért kell mégis fizetnie?

Teljesen félreérti továbbá az uralkodó tan a forrásszövegeket. Az egyik félreértés abban áll, hogy a *quasi alea emitur* kifejezésben a kockát, ill. átvitt értelemben kockázatot jelentő *alea* szót nominatívusban értik, holott az ablatívusban áll (*aleâ*) mint ablatívus modi. A kifejezés helyes fordítása tehát nem az, hogy 'kockázatot vesznek', hanem, hogy 'kockáztatva, kockázattal megterhelten, a kockázat tudatában' kötnek adásvételi szerződést.

A másik alapvető félreértés pedig abból adódik, hogy a kétségtelenül klaszszikusnak tekintendő *spei emptio* kifejezésben a *spei* szót genitívus obiectívusnak értelmezik. Valójában azonban ez nem genitívus obiectívus, hanem genitívus causae! A 'reményvétel' nem olyan vétel, amelynek tárgya, hanem amelynek alapja, motívuma, mozgatórugója a remény. Mindkét fél abban reménykedik, hogy kifejezetten jól fog jární, jóval nagyobb értékű szolgáltatást kap a másik féltől, mint amekkora ellenszolgáltatást ő nyújt neki. Ez a várakozás nyilván ugyanúgy megvan az eladóban, mint a vevőben, már csak ezért is abszurdum lenne a reményt az adásvétel tárgyának tekinteni. Az *emptio spei* tehát voltaképpen spekulációs jellegű adásvételt jelent. A *spem emere* kifejezés a latin irodalmi és jogászai nyelvben nem fordul elő. Nem zárható ki mindazonáltal, hogy zsargonszerű kifejezésként élhetett bizonyos körök, pl. a kereskedők, bankárok nyelvhasználatában.

A szerző végül összegezi álláspontját az *emptio rei speratae* és az *emptio spei* dogmatikai szerkezetét illetően. Nézete szerint mindkét esetben helyettesíthető dolgok, ill. dologösszességek adásvételéről van szó, amelyek keletkezése, mennyisége és minősége (*emptio rei speratae*), ill. mennyisége és minősége (*emptio spei*) a szerződés megkötésekor még ismeretlen, sőt emberileg előre nem is látható, mert döntően természeti erők működésén múlik. Az aleatórius jelleg tehát mindkét típusra jellemző. Némi különbség a két típus között csak abban található, hogy míg *emptio rei speratae* esetében jóformán teljesen kizárt, hogy egyáltalán semmi se teremjen, s ennél fogva a vevőnek semmiért kelljen fizetnie, *emptio spei* esetében viszont korántsem zárható ki teljesen, hogy a fogóháló üres marad, a zsákmány semmi. Ez a különbség azonban a dolgok természetéből következik, nem a két szerződéstípus jogi szerkezetéből. Jogi szerkezetük tekintetében ugyanis lényegében azonosaknak tekinthetjük őket.

Közös lényegük, hogy mindkét esetben olyan adásvételről van szó, amely megkötésekor még nem perfekt, csak az áru létrejöttével (*emptio rei speratae*), illetve megszerzésével (*emptio spei*) perfektuálódik. Az eladónak mindkét esetben értelemszerűen meg kell tennie minden emberileg lehetségeset ennek előmozdítása érdekében. Ha ennek a kötelezettségének nem tesz eleget, felelősségre vonható, amint Celsus világosan leszögezi (D. 19,1,12). Ugyanezzel magyarázható a Pomponius-fragmentum utolsó mondata is (D. 18,1,8,1 i.f.), értelme-

zéséhez ezért egyáltalán nincs szükség a *condicio pro impleta habetur*-fikcióra. De ha nem kifogásolható eljárása ellenére sem áll módjában az eladónak árut szolgáltatni, mert természeti erők folytán áru nem képződött vagy megszerzése eredménytelen volt, a szerződésből eredő kötelezettségeit a maga részéről hiánytalanul teljesítette, ezért a kikötött ellenszolgáltatásra teljes joggal igényt tarthat. Itt ugyanis az adásvételből nem egyszerűen az áru átadásának kötelezettsége hárul az eladóra, hanem egy időben viszonylag hosszabb, előkészítő folyamat megvalósítása is, amelynek befejeztével jöhet létre egyáltalán az immár egyedi meghatározottságot nyert áru tényleges szolgáltatására, irányuló közvetlen kötelezettsége.

A helyettesíthető dolgok, illetve dologösszességek határozatlan tömegének vétele, amelynek sajátossága, hogy az egyedileg meghatározott áru tényleges átadását megelőzően egy bizonytalan kimenetelű, kockázatos előkészítő szakasz iktatódik bele a jogviszonyba, dogmatikai szerkezetét tekintve kétségtelenül közel áll a sokat vitatott generikus adásvételhez. Hiszen az utóbbinál is az eladónak az egyedileg meghatározott áru közvetlen átadására irányuló kötelezettségét megelőzi a szolgáltatandó egyedek kiválasztásának kötelezettsége. Ez az előkészítő folyamat itt természetesen minden kockázattól mentes, végső eredménye már előre teljesen ismert és biztos. A szerző úgy véli, hogy az általa képviselt dogmatikai koncepció nagy mértékben alkalmas a római generikus adásvétellel kapcsolatban a legutóbbi időkig erőteljesen hangoztatott kételyek eloszlatására.

RICCARDO CARDILLI

Alcune osservazioni su *leges epiclassiche* e interpretatio: a margine di Impp. Diocl. et Maxim. C. 4, 44, 2 e C. 4, 44, 8

1. I due rescritti dioclezianeî tra tradizione romanistica e critica del testo - I due rescritti degli imperatori Diocleziano e Massimiano del 285 d.C. e del 293 d.C., tramandati nel *Codex Iustinianus repetitatae praelectionis* (C.4, 44, 2 e C.4, 44, 8) attraverso la mediazione del *Codex Gregorianus* (291-292 d. C.) per il primo e del *Codex Hermogenianus* (295 d.C.) per il secondo, pongono complessi problemi storici e dogmatici.

La moderna scienza romanistica – con qualche anticipazione nel giusnaturalismo¹ – ha sedimentato su di essi un ampio apparato critico del

¹ Mi riferisco a CHRISTIANUS THOMASII (1655–1728), *De aequitate cerebrina legis II Cod. de rescindenda venditione et eius usu practico*, in *Dissertationes academicae*, ed. Halle 1777, III, 62 ss., il quale recuperando metodologie non a lui consuete, come quelle umanistiche, tenta di colpire con forza la stabilità di una tradizione, quella appunto del *iustum pretium* nella c.d. *laesio enormis* radicata nell'*utrumque ius* (che è cosa diversa da una critica, come quella interpolazionistica, che coinvolge non solo il criterio dell'*ultra dimidium*, ma tutto il rescritto ora in C. 4, 44, 2; esattamente S. SOLAZZI, *L'origine storica della rescissione per lesione enorme*, in BIDR. XXXI, 1921, 70–71), accentuando una onnipotenza della *conventio pretii*, unica vera espressione, a detta del giusnaturalista, del *iustum pretium*. Sul punto K. LUIG, *Bemerkungen zum Problem der gerechten Preises bei Christian Thomasius*, in *Tradition und Entwicklung. Gedenkschrift Riederer*, 1981, 167 ss. S. CAPRIOLI, *Rescissione del contratto (storia)*, in ED. XXXIX, 1988, 933 ss., in particolare 956–957, sottolinea come tale critica non riuscirà ad intaccare la linea per così dire 'classicista' di un Pothier, e quindi, poi di conseguenza, il *Code civil*, cioè uno dei momenti più significativi della storia del processo di codificazione (958–960). Entro una lettura che tende a coordinare la posizione del Thomasius del *De aequitate cerebrina* con quella che emergerebbe dalle *Institutiones jurisprudentiae divinae*, senza farle sfociare in una contraddizione vd. CHR. BECKER, *Die Lehre von der laesio enormis in der Sicht der heutigen Wucherproblematik*, [Beiträge zur Neueren Privatrechtsgeschichte B.10], Köln Berlin Bonn München, 1993 [Diss.1990], 36-38. Senza alcuna pretesa di esaurire la sterminata bibliografia sul punto, segnalo gli autori che ho letto nell'elaborazione di queste brevi osservazioni: E. ZACHARIAE VON LINGENTHAL, *Zur Lehre von der laesio enormis*, in ZSS.IV, 1883, 49 ss.; O. GRADENWITZ, *Interpolazioni e interpretazioni*, in BIDR. II, 1889, 3 ss., in particolare 14–15; R. MONIER, *Etudes de droit byzantin. Méditation sur la constitution 'hekatéro' et le jus poenitendi*,

testo,² da un lato rendendo particolarmente difficoltoso affrontare una loro adeguata valutazione storica entro il più ampio problema del valore dei rescritti

in *Nouvelle Revue Historique*, 24, 1900, 37 ss., in particolare 181 ss.; S. BRABLOFF, *Zur Lehre von der laesio enormis im byzantinischen Rechte*, in *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft* 27, 1912, 261 ss.; L. LANDUCCI, *La lesione enorme nella compra e vendita. Esame storico-critico d'una rinnovata proposta di interpolazioni giustinianee*, in *Atti del Reale Istituto Veneto di scienze, lettere ed arti*, LXXV, 1915-1916 (Parte seconda), 1189 ss.; E. ALBERTARIO, *Iustum pretium e iusta aestimatio*, in *BIDR.* XXXI, 1921, 1 ss., in particolare 4 ss.; S. SOLAZZI, *L'origine storica della rescissione per lesione enorme cit.*, 51 ss.; R. DEKKERS, *La lésion énorme. Introduction à l'histoire des sources du droit*, Paris, 1937, in particolare 15 ss.; E. GENZMER, *Die antiken Grundlagen der Lehre vom gerechten Preis und der laesio enormis*, in *Deutsche Landesreferate zum II. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung im Haag 1937*, Berlin – Leipzig, 1937, 25 ss.; P. S. LEICHT, *Laesio enormis e iustum pretium* (1939), in *Scritti vari di storia del diritto italiano*, II.2, 1949, 393 ss.; U. VON LÜBTOW, *De iustitia et iure*, in *ZSS.* LXVI, 1948, R.A., 458 ss. in particolare 500-503; P. DE FRANCISCI, *Iustum pretium*, in *Studi in onore Paoli*, Firenze s.d., 211 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano (Corso di lezioni a/a 1949-1950)*, Rist. anast., Napoli, 1965, 102-103; IDEM, *La compravendita in diritto romano*, I, Napoli, 1978², 142 ss.; G. MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, Napoli, 1951, 3-41; TH. MAYER-MALY, *Privatautonomie und Vertragsethik im Digestenrecht*, in *Iura*, 6, 1955, 128 ss.; IDEM, *Pactum, Tausch und laesio enormis in den sog. Leges Barbarorum*, in *ZSS.* CVIII, 1991, R.A., 213 ss.; K. VISKY, *Appunti sulla origine della lesione enorme*, in *Iura* 12, 1961, 40 ss.; IDEM, *Die Proportionalität von Wert und Preis in den römischen Rechtsquellen des III. Jahrhunderts*, in *RIDA.* 16, 1969, 355 ss.; K. HACKL, *Zu den Wurzeln der Anfechtung wegen laesio enormis*, in *ZSS.* XCVIII, 1981, R.A., 147 ss.; A. J. B. SIRKS, *La laesio enormis en droit romain et Byzantin*, in *T.* 53, 1985, 291 ss.; H. T. KLAMI, *Laesio enormis in Roman Law ?*, in *Labeo* 33, 1987, 48 ss.; O. STANOJEVIĆ, *Laesio enormis e contadini tardoromani*, in *AARC.* VIII, 1990, 217 ss.; CHR. BECKER, *Die Lehre von der laesio enormis cit.*, 10 ss.; R. ZIMMERMANN, *Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit ? Die rechtliche Behandlung anstößig-übermässiger Verträge*, Berlin, 1979, 135 ss.; IDEM, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, (1990) cito da Oxford, 1996, 255 ss.; M. TALAMANCA, *Vendita (dir. rom.)*, in *ED.* XLVI, s.d. ma 1993, 367-370; A. MONTAÑANA CASANÍ, *La rescisión por lesión*, Valencia, 1999; P. SCIUTO, *Sulla c.d. rescissione per lesione enorme*, in *Labeo* 46, 2000, 404 ss.; M. PENNITZ, *Zur Anfechtung wegen laesio enormis im römischen Recht*, in *Iurisprudentia universalis. Festschr. Mayer-Maly 70. G.*, 2002, 575 ss.

² Una questione fondamentale è quella sollevata dal VOLTERRA, *Il problema del testo delle costituzioni imperiali* (1971), ora in *Scritti giuridici*, VI, Napoli, 1994, 3 ss., in quanto essa, data la sua importanza per così dire 'pregiudiziale' e la completezza delle argomentazioni esposte dall'A., impone di valutare il peso della affidabilità del testo a noi tramandato di detti rescritti attraverso il *Codex giustiniano* (rimandando, invece, nel corso di queste osservazioni la discussione delle specifiche ipotesi critiche più rilevanti proposte in dottrina), soprattutto entro un discorso attento alle singole particolarità e sfumature del tenore letterale dei rescritti diocleziane tra loro temporalmente connessi, come quello che mi accingo a fare. In primo luogo, non ritengo possa essere messo in discussione il risultato a cui perviene il fondamentale studio del Volterra, cioè la individuata maggiore brevità del testo delle costituzioni a noi pervenuto attraverso il *Codex Iustinianus*, rispetto al testo originario. Più problematico, invece, cogliere il senso del rapporto di questa maggiore brevità. A riguardo non credo possa sostenersi, cosa che nemmeno il Volterra ha fatto, una omogenea attività incidente sul testo della costituzione imperiale, ma si deve propendere per un approccio diversificato a seconda dell'autore e dell'opera entro la quale viene in esame la costituzione stessa. Un punto però ritengo importante ed in questa sede da sottolineare: i confronti testuali esterni tra rescritti inclusi nel *Codex Gregorianus* o *Hermogenianus* o loro epitomi, nel *Codex Theodosianus* ed infine nel *Codex Iustinianus* (E.

imperiali,³ problema che in quel torno di anni in relazione a riforme relative al valore normativo del rescritto nel processo è investito da significativi

VOLTERRA, *op. ult. cit.*, 1027 ss.), se da un lato confermano la sicura maggiore brevità del testo tramandato nell'ultimo *Codex*, d'altro lato dimostrano con evidenza che questa maggiore brevità non sembra tanto frutto di «sunti» (p.855) o «massimizzazioni» (p.1029; segue il Volterra in un primo momento N. PALAZZOLO, *Le modalità di trasmissione* cit., 45 che parla però, oltre che di «costituzioni... sunteggiate», anche di costituzioni «ridotte agli elementi essenziali») del testo originario (esattamente D. LIEBS, *Die Jurisprudenz im spätantiken Italien (260–640 n.Chr.)*, Berlin, 1987, 135; critico sulla tesi del Volterra anche G. G. ARCHI, *Sulla cosiddetta 'massimizzazione' delle costituzioni imperiali*, in SDHI. 58, 1986, 161 ss., ma in una prospettiva non coincidente con quella del Liebs da me seguita). Questi ultimi tipi di attività rendono meglio quanto spesso accade nelle opere dei giuristi quando questi citano rescritti imperiali, trattandoli in sostanza quasi come pareri giurisprudenziali (G. GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, Milano, 1963, II, 166 ss.; D. NÖRR, *Rechtskritik in der römischen Antike*, [Bayerische Akademie der Wissenschaften. Phil.-hist. Kl. H.77], 132 ss., che parla di tentativo da parte dei giuristi di «legare il diritto imperiale alle strutture del diritto giurisprudenziale»[133]; così anche N. PALAZZOLO, *L'attività normativa del principe nelle sistematiche dei giuristi classici*, in AA.VV., *La codificazione del diritto dall'antico al moderno*, Napoli, 1998, 265). Ma rispetto ai rescritti contenuti nelle due importanti raccolte private di età diocleziana, la maggiore brevità del Codice giustiniano è il risultato di un lavoro «privativo» di taglio di interesse anche lunghe parti dei rescritti (per altro lo stesso VOLTERRA, *op. ult. cit.*, precisa a p.1031 come un tale «sistema per 'massimare'» verrebbe realizzato riproducendo «di un testo... una sola frase, riassumendo la disposizione normativa»). La parte del rescritto che viene a conservarsi nella tradizione fino al *Codex Iustinianus* non è diversa terminologicamente dalla parte corrispondente del testo quantomeno raccolto nel Codice Gregoriano o Ermogeniano o loro epitomi, pur essendo in quest'ultimi inserita in un testo del rescritto molto più completo (ad es. *Coll. [Gregor. l. V] 6, 4 [1-8]* e C.5, 4, 17: dove il testo tramandato dal Codice di Giustiniano riproduce solo il § 4 del più ampio testo del rescritto come tramandato dalla *Collatio ex Gregoriano*; *Cod. Greg. Wis.* 3, 8, 1 e C. 1, 18, 2: dove nel Codice di Giustiniano è tramandata solo l'ultima frase del più ampio rescritto incluso nell'epitome del Gregoriano). Questo dato mi sembra da sottolineare, in quanto esso ripropone anche per i rescritti ed in generale le costituzioni imperiali tramandate nel Codice di Giustiniano - ma anche nel Digesto e nelle Istituzioni - essenzialmente più un problema di sequenze sintattiche sostanzialmente inalterate, ma decontestualizzate dal più ampio testo nel quale erano state originariamente inserite (così ora esattamente N. PALAZZOLO, *L'attività normativa del principe nelle sistematiche dei giuristi classici* cit., 282 che riconosce come «i due Codici diocleziane... si limitano a riportare in forma normativa alcune frasi della decisione imperiale, costituenti la parte dispositiva, dando a questa carattere di principio astratto, di massima giuridica, ma non giungono mai a sintetizzare le costituzioni con parole proprie, anzi restano sempre aderenti al testo originario»). Ciò, chiaramente, sostiene con maggiore affidabilità un discorso costruito sul testo di rescritti a noi pervenuti esclusivamente in base al *Codex Iustinianus* (senza poter verificare le tappe di questa tradizione testuale) e contemporaneamente spiega anche bene la ragione, spesso considerata indice di alterazione del testo, di un periodare «a balzi», per giustapposizione di frasi, che probabilmente erano nel contesto originario presenti nel loro attuale tenore ma non necessariamente collocate tra loro nella attuale posizione di vicinanza. Per una verifica vd. quanto si dirà in particolare riguardo le due frasi finali di C.4, 44, 2 e C. 4, 44, 8.

³ Sulla questione, per una prima approssimazione, R. ORESTANO, *Il potere normativo degli imperatori e le costituzioni imperiali. Contributo alla teoria delle fonti del diritto nel periodo romano classico*, (1937) ora in *Scritti I*, Napoli, 1998, 217 ss.; J. GAUDEMET, *L'empereur, interprète du droit*, in *Festschr. Rabel*, II, Tübingen, 1954, 169 ss.; G. GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza* cit., II, 166 ss.; P. DE FRANCISCI, *Per la storia della legislazione*

cambiamenti,⁴ e d'altro lato talvolta distogliendo l'attenzione dal correlato problema degli strumenti coi quali potesse raggiungersi il risultato di *rescindere* la compravendita.⁵

imperiale, in BIDR. 70, 1967, 187 ss.; E. VOLTERRA, *Il problema del testo delle costituzioni imperiali* cit., 3 ss.; D. NÖRR, *Rechtskritik in der römischen Antike* cit., 17; 122 ss.; IDEM, *Zur Reskriptenpraxis in der hohen Prinzipatszeit*, in ZSS.XCVIII, 1981, 1 ss.; N. PALAZZOLO, *Le modalità di trasmissione dei provvedimenti imperiali nelle province (II-III sec. d.C.)*, in Iura 28, 1977, 40 ss.; IDEM, *Processo civile e politica giudiziaria nel principato*, Torino, 1991², 97 ss.; IDEM, *L'attività normativa del principe nelle sistematiche dei giuristi classici* cit., 263 ss.; M. KASER, *Zur Problematik der römischen Rechtsquellenlehre*, in *Festschrift Flume* 70. G., 1978, I, 101 ss., in particolare 107; L. VACCA, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, rist. con appendice, Milano, 1982, 119 ss.; F. GALLO, *Sul potere normativo imperiale*, in SDHI. XLVIII, 1982; M. SARGENTI, *Considerazioni sul potere normativo imperiale*, in *Sodalitas. Scritti in onore Guarino*, 1984, IV, 2625 ss.; J.-P. CORIAT, *La technique du rescrit a la fin du principat*, in SDHI. LI, 1985, 319 ss.; IDEM, *Le prince législateur*, École française de Rome, 1997, 620 ss.; C. A. CANNATA, *Histoire de la jurisprudence européenne I La jurisprudence romaine*, Torino s.d. ma 1989, 153–157; G. CERVENCA, in AA.VV., *Lineamenti di storia del diritto romano*, (dir. M. TALAMANCA), Milano, 1989², 593 ss.; T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Le nuove leggi*, Napoli, 1992, 73 ss.; M. BRETONI, *Storia del diritto romano*, Roma-Bari, 1995⁹, 228 ss.; V. MAROTTA, *Ulpiano e l'impero*, Napoli, 2000, 67 ss.; E. DOVERE, *De iure. Studi sul titolo I delle Epitomi di Ermogeniano*, Torino, 2001, 122 ss.; L. MAGGIO, in AA.VV., *Le fonti di produzione del diritto romano*, Catania, 2002, 135 ss.

⁴ Vd. C. 1, 23, 3: Impp. Diocl. et Max. AA. *Crispino praesidi provinciae phoenice: Sancimus, ut authentica ipsa atque originalia rescripta et nostra manu subscripta, non exempla eorum, insinuentur. D. prid. k. April. Hannibaliano et Asclepiodoto cons.* [a.292]. Su cui da seguire soprattutto N. PALAZZOLO, *Le modalità di trasmissione dei provvedimenti imperiali* cit., 42 ss., nelle conclusioni relative al senso del rapporto tra *authentica atque originalia rescripta* («rescritti originali rilasciati dalla cancelleria imperiale al richiedente o ad altri che successivamente ne abbiano fatto richiesta, contenenti l'esplicita indicazione della loro autenticità e la *subscriptio* imperiale»; 86-87) e *exempla eorum* («copie effettuate per l'uso pratico dai richiedenti stessi sull'originale a loro inviato o sulla copia affissa, senza alcuna attestazione ufficiale di autenticità, che servivano ai giuristi per fini scientifici o ai pratici del foro per avvalorare le tesi sostenute»; 87) da un lato e di *insinuare* («esibire in giudizio»; 87) dall'altro.

⁵ Problema questo non sempre approfondito dalla dottrina che si è occupata ex professo di C. 4, 44, 2 e 8. La questione assume rilevanza in rapporto al riconoscimento di una *restitutio in integrum* del processo cognitorio provinciale tesa nella sostanza ad invalidare il contratto di compravendita concluso oppure di una autonoma azione di rescissione (nei limiti in cui si possa pensare ancora ad una autonomia della prima dalla seconda nel processo cognitorio provinciale), il che interagisce con difficoltà lessicali connesse ad una precisa delimitazione del *rescindere*; vd. F. HELLMANN, *Zur Terminologie der römischen Rechtsquellen in der Lehre von der Unwirksamkeit der juristischen Tatsachen*, in ZSS.XXIV, 1903, 50 ss., in particolare 94 ss.; L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, Leipzig, 1908, 239; L. RAGGI, *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem*, Milano, 1965, 281 ss. (vd. a riguardo infra § 8). Sul punto, in rapporto a C. 4, 44, 2 e 8 vd. E. ZACHARIAE VON LINGENTHAL, *Zur Lehre von der laesio enormis* cit., 57; S. SOLAZZI, *L'origine storica* cit., 76–77; R. TAUBENSCHLAG, *Das römische Privatrecht zur Zeit Diokletians*, (1919–1920), ora in *Opera minora*, 1959, I, 162 n.1113; di recente M. PENNITZ, *Zur Anfechtung wegen laesio enormis* cit., 587–588. In generale sulla *restitutio in integrum* nell'età postclassica cfr. E. LEVY, *Zur nachklassischen in integrum restitutio*, in ZSS.LXVIII, 1951, R.A., 360 ss., in particolare 366 ss.; L. RAGGI, *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem* cit., 241 ss.; G. CERVENCA, *Studi vari sulla restitutio in*

Mi sembra, infatti, questo un esempio di come il peso della tradizione della c.d. *laesio enormis* dalla *Glossa ordinaria* fino al giusnaturalismo, tradizione fondata su questi due rescritti di Diocleziano,⁶ abbia determinato, di riflesso, anche per la moderna scienza romanistica, una lettura unilateralmente orientata del nucleo dogmatico della questione, sia poi questo stato fatto poggiare su una originaria innovazione diocleziana o pure giustiniana.

È, però, forse possibile tornare ad un esame di essi, entro un atteggiamento metodologico – vale la pena subito evidenziarlo – fortemente conservativo al fine di vagliare se, entro una loro contestualizzazione storica, essi riescano a conservare, pur entro uno sforzo di «ripulitura concettuale», un nucleo problematico forte, in parte schiacciato o ridimensionato dalla lettura di essi privilegiata negli Evi medio e moderno.

2. *Un rescritto imperiale del 285 d.C.* – Probabilmente attraverso la mediazione del *Codex Gregorianus*, viene tramandato fino ai giustiniani un rescritto di Diocleziano redatto, giusta l'ipotesi dell'Honoré seguita dal Liebs, dal *magister libellorum* Gregorio già membro dell'ufficio a *libellis* di Carino.⁷

integrum, Milano, 1965, 66 ss.; 114 ss.; G. I. LUZZATTO, *In tema di origine nel processo extra ordinem*, in *Studi in onore di E. Volterra* II, 1971, 665 ss., in particolare 711 ss.; A. S. HARTKAMP, *Der Zwang im römischen Privatrecht*, Amsterdam, 1971, 167 ss.; M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, II, Milano, 1973, 586 ss.; B. KUPISCH, *In integrum restitutio und vindicatio utilis bei Eigentumsübertragungen im klassischen römischen Recht*, Berlin New York, 1974, 247-249; N. PALAZZOLO, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d.C.*, Milano, 1974, 175 ss.; M. KASER, *Zur in integrum restitutio, besonders wegen metus und dolus*, in ZSS. XCIV, 1977, R.A., 101 ss.; IDEM – K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1996², 493-494; 581-582.

⁶ A riguardo si vedano ad es. E. MEYNAL, *Quelques notes sur l'histoire de la rescision pour lésion des contrats entre majeurs au Moyen-Age. La Glose, les glossateurs et les bartolistes*, in *Studi in onore V. Scialoja*, II, 1905, 339 ss.; Id., *Des conditions requises au Moyen-Age pour l'application de la rescision de la vente pour lésion d'outre-moitié*, in *Mél. Girard*, 1912, II, 201 ss.; E. BENEDETTINI, *Rescissione della vendita per causa di lesione. Appunti di storia e di legislazione comparata*, in AG. LXXXIV, 1910, 253 ss.; R. DEKKERS, *La lesion énorme* cit., 41 ss.; P. S. LEICHT, *Laesio enormis e justum pretium* cit., 393 ss. in particolare 399 ss.; R. W. M. DIAS, *Laesio enormis: the Roman-Dutch story*, in *Studies in the Roman Law of sale. Dedicated to de Zulueta*, Oxford, 1959, 46 ss.; K. VISKY, *Bartolo e la laesio enormis*, in *Studi senesi* 2, 1972, 402 ss.; S. CAPRIOLI, *Iniquitas rei. Studi preparatori sui contratti rescindibili nell'età del diritto comune I*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Perugia*, n.s. 2, 1974, 95 ss.; IDEM, *Rescissione del contratto* cit., 933 ss.; CHR. BECKER, *Die Lehre von der laesio enormis* cit., in particolare 27 ss.; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit., 262 ss.

⁷ T. HONORÉ, *Emperors and Lawyers*, Oxford, 1981, 114 ss. [con ulteriori precisazioni 1994², 148 ss.]; D. LIEBS, *Die Jurisprudenz* cit., 30 ss., superando, a mio avviso, le perplessità che evidenziava G.G. ARCHI, *Giustiniano legislatore*, Bologna, 1970, 22 ss. in base alle citazioni brevi come *Gregorianus* nella tradizione occidentale, da intendere, invece, secondo il LIEBS come 'personificazione' dell'opera, così come accade anche per i Codici Ermogeniano e Teodosiano (*Die Jurisprudenz* cit., 30). Prudente, comunque, M. TALAMANCA, *Pubblicazioni pervenute alla Direzione*, in BIDR.XC, 1987, 602 ss., in particolare 603 e 605. Recupera nuovamente la tesi del Huschke, contro quella del Th. Mommsen, M.U. SPERANDIO, *Il 'Codex' delle leggi imperiali*, in

C. 4, 44, 2 Imp. Diocletianus et Maximianus AA. Aurelio Lupo

Rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris pretii distraxit, humanum est, ut vel pretium te restituente emptoribus fundum venditum recipias auctoritate intercedente iudicis, vel, si emptor elegerit, quod deest iusto pretio recipies. minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit. PP. V k. Nov. Diocletiano A. II et Aristobulo cons. [a.285]

Aurelio Lupo è l'autore del *libellus* a cui risponde la cancelleria imperiale di Diocleziano (da poco imperatore) con una *subscriptio* 'promulgata' forse per pubblicazione nella capitale della provincia del richiedente (PP=*proposita*) il 28 ottobre 285.⁸ Egli lamenta la vendita di un fondo, conclusa forse dal padre, ad un prezzo inadeguato.⁹ Non sappiamo se egli avesse quantificato nel libello all'imperatore il rapporto di valore tra la *res maioris pretii* ed il *minoris pretii distrahere* al compratore. D'altronde il punto non è irrilevante dato che il rescritto espressamente sente l'esigenza di chiarire cosa si dovesse intendere per *minus pretium*, fissandolo nella metà del *verum pretium*¹⁰ e limitando, così, in modo netto la valutazione di fatto solitamente rimessa al momento giudiziale.¹¹

Iuris vincula. Studi in onore M. Talamanca, VIII, 97 ss., in particolare 122 e n.112 e p.124, senza però aggiungere nuovi argomenti.

⁸ Sul punto vd. J.-P. CORIAT, *Le prince législateur* cit., 615–618.

⁹ In rapporto al fatto evocato dal rescritto la dottrina ha ipotizzato che la vendita fosse stata conclusa dal padre del richiedente la rescissione: il [tu vel] *pater tuus distraxit* sarebbe indice di interpolazione per SOLAZZI, *L'origine storica della rescissione* cit., 53, in quanto «la petizione doveva dichiarare da chi effettivamente la vendita era stata compiuta»; l'argomento non è decisivo, perché la particolarità dell'eventuale sdoppiamento del venditore può trovare una spiegazione accettabile soltanto in connessione a particolarità del fatto descritto nel *libellus*, mentre sarebbe illogico pensare ad un inserimento dei compilatori giustinianeî di una seconda parte del contratto; così giustamente K. HACKL, *Zu den Wurzeln der Anfechtung wegen laesio enormis* cit., 153; se pure si trattasse di corruzione testuale, non avrebbe conseguenze per il testo stesso, facendo poi propendere la *lectio difficilior* verso la originalità del *tu vel pater tuus* per SIRKS, *La laesio enormis* cit., 294 e n.25; non ne trarrei con sicurezza la deduzione che Aurelio Lupo fosse al momento della vendita *filius familias*, e comunque non lo è sicuramente al momento del *libellus* da lui inviato all'imperatore, come mi sembra dia invece per presupposto P. SCIUTO, *Sulla c.d. rescissione per lesione enorme* cit., 405; il dualismo della parte che vende potrebbe indicare «Informations- oder Kommunikationsmängel auf der Verkäuferseite» per PENNITZ, *Zur Anfechtung wegen laesio enormis* cit., 584; l'originale interpretazione proposta dal KLAMI, *Laesio enormis* cit., 56–57 –che il prezzo sarebbe «minore» in rapporto al prezzo stabilito per la vendita e quindi si tratterebbe del mancato totale pagamento del prezzo – non mi sembra trovare una adeguata giustificazione nel tenore testuale del rescritto.

¹⁰ Il che poteva non coincidere con la quantificazione eventualmente segnalata da Aurelio Lupo nel *libellus*.

¹¹ L'ultima frase del rescritto è quella sulla quale si concentrano maggiormente i dubbi della critica del testo (O. GRADENWITZ, *Interpolazioni e interpretazioni* cit., 14; S. SOLAZZI, *L'origine storica della rescissione* cit., 74–75; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita* cit., 147 in rapporto a C.4, 44, 8), anche da parte di studiosi non orientati sistematicamente ad una tale metodologia (A.

Il rescritto imperiale ha, in primo luogo, il valore di norma vincolante per il caso concreto. Aurelio Lupo, in sostanza, se avesse ritenuto di poter dimostrare che il prezzo stabilito nel contratto fosse «minore della metà del giusto prezzo», avrebbe col rescritto alla mano ottenuto in sede giurisdizionale la ricostituzione dello stato pristino alla vendita. In particolare, avrebbe riottenuto il fondo venduto una volta restituito al compratore il prezzo pagato,¹² oppure, qualora quest'ultimo avesse preferito una tale alternativa, Aurelio Lupo avrebbe ottenuto un'ulteriore somma come integrazione per perfezionare il *iustum pretium*.¹³

Significativa a mio avviso, se rapportata alla autonomia di valutazione della *quaestio facti* da parte del *iudex unus* del processo formulare, la imposizione d'autorità, per l'«invalidazione» della vendita, della rilevanza del rapporto di valore di 'metà' per l'accertamento di fatto legato alla stima del bene venduto da parte del giudicante secondo valori non meglio definibili.¹⁴

J. B. SIRKS, *La laesio enormis* cit., 294-296; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit., 259 ss.; M. TALAMANCA, *Vendita* cit., 369 e n.681). Non v'è dubbio che il periodare evidenzi una certa pesantezza quasi didascalica, che peraltro viene da altri (T. HONORÉ, *Emperors and Lawyers*² cit., 149) sottolineata come stilema nei rescritti dioclezianei di questo periodo. Non è a mio avviso comunque sufficiente rilevare un certo scollegamento tra prima parte del rescritto e frase finale, perché questo procedere «a balzi» della costruzione è il risultato del lavoro tipico di taglio e giustapposizione di proposizioni realizzato nella fissazione del testo del rescritto nella tradizione delle raccolte di costituzioni imperiali dai Codici Gregoriano ed Ermogeniano al Codice di Giustiniano (vd. *supra* n.2).

¹² Si tratterebbe di una procedura unitaria entro cui la reintegrazione avviene davanti al *iudex pedaneus* investito da Aurelio Lupo della cosa; vd. *infra* § 8.

¹³ La maggiore elasticità procedurale insita nella *cognitio* provinciale verrebbe in questo caso esemplarmente realizzata, condizionando l'intervento giudiziale alla *electio emptoris*; vd. sul punto *infra* § 8.

¹⁴ Dubbi permangono su cosa significhi, nel rescritto, *pretium verum* e che rapporto semantico vi sia con *pretium iustum*. Il BRASSLOFF, *Zur Lehre von der laesio enormis* cit., 269, sottolinea come *pretium verum* dovrebbe indicare il valore effettivo e non simulato, mentre in C. 4, 44, 2 esso sembra usato come sinonimo di *pretium iustum*, il che farebbe propendere per l'interpolazione giustiniana, interpretazione avvalorata dal tò *dikaion tímema* bizantino (B. 19, 10, 66). Anche SOLAZZI, *L'origine della rescissione* cit., 74-75 ritiene da un lato «che i due predicati *iustum* e *verum* ricevano entrambi nella costituzione diocleziana il medesimo senso classico» e d'altro lato, con una evidente tensione ipercritica, che in C. 4, 44, 2 *iusto pretio* dovesse essere genuino dato che non lo sarebbe *veri pretii*. Il KLAMI, *Laesio enormis* cit., 56, forzando un po' la fonte, ritiene che *pretium verum* sia quello fissato nell'accordo, cosa che avvalora secondo questo A. la lettura da lui proposta del rescritto (vd. *supra* n. 9). A mio avviso bisogna distinguere tra importanza del *pretium iustum* nella tradizione romanistica ed in particolare nella dottrina canonistica classica (su cui vd. R. DEKKERS, *La lésion énorme* cit., 66 ss.; CHR. BECKER, *Die Lehre von der laesio enormis* cit., 27 ss.; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit., 264 ss.) e suo effettivo significato nei rescritti in esame, dove non è più accettabile l'ipotesi critica generalizzata dell'ALBERTARIO, *Iustum pretium e iusta aestimatio*, in BIDR. 31, 1921, 1 ss. in particolare 4-5 rispetto a C.4,44,2 e 8; vd. già quanto in generale notava P. DE FRANCISCI, *Iustum pretium*, in *Studi Paoli*, 211 ss. Peraltro, come è stato da tempo precisato, *iustum pretium* significa il valore del bene secondo la stima del giudice, da contrapporre al valore della cosa dichiarato dall'attore nel *iusiurandum in litem*; così in rapporto

Non sembra, poi, a quanto siamo in grado di comprendere dalla sintesi fatta nella *subscriptio* della doglianza di Aurelio Lupo, che la fissazione del prezzo sia stata condizionata da altri fattori quantomeno tipizzabili in termini di cause che potevano far considerare invalidabile il contratto secondo le regole consolidate dalla *interpretatio prudentium* o codificate nell'editto del pretore.¹⁵ La portata, per così dire, 'innovativa' del rescritto sarebbe da circoscrivere alla fissazione autoritativa di un limite valutativo di rilevanza del *pretium minus* per *rescindere* una vendita *inter privatos* di fondi, senza imporre la dimostrazione di altre cause incidenti sulla determinazione del prezzo che potessero trovare conferma nella tradizione del *ius vetus*.

Sul piano degli strumenti tesi a riportare le conseguenze giuridiche della vendita allo stato precedente ad essa, la terminologia del rescritto sembra indicare la strada della *restitutio in integrum* cognitoria, la quale sarebbe inclusa in un'*actio rescissoria*.¹⁶ In sostanza Aurelio Rufo, in base al rescritto di Diocleziano del 285 d.C., se convinto di poter dimostrare che il fondo fosse

a Ulp. 51 ad ed. D. 6, 1, 68 e Pomp. 29 ad Sab. D. 6, 1, 70; E. LEVY, *Die Enteignung des Klägers im Formularprozeß*, in ZSS. XLII, 1921, 476 ss., in particolare 491 ss.; e IDEM, *Zu D. 6, 1, 63 und 70*, in ZSS. XLIII, 1922, 534; seguito da A. DE SENARCLENS, *La maxime pretium debet esse verum, certum, iustum*, in *Mél. Fournier*, 1929, 683 ss., in particolare 696-704; vd. anche la posizione differenziata di E. GENZMER, *Die antiken Grundlagen der Lehre vom gerechten Preis* cit., 39-46; per la genuinità di *pretium iustum* in rapporto alle vendite fiscali vd. anche M. TALAMANCA, *Contributi allo studio delle vendite all'asta* cit., 238 ss.

¹⁵ In dottrina, soprattutto entro tendenze ipercritiche e di contrapposizione monolitica del diritto classico al giustiniano, è spesso ritornata la tendenza a reinterpretare il rescritto di Diocleziano come originariamente connesso all'assenza di altri requisiti per la validità del contratto, come ad es. la minore età (vd. in particolare in rapporto alla *restitutio in integrum* accordata contro la vendita dei *pignora ex iudicati causa capiti* al minore in caso di *grande damnum* da questi subito in Ulp. 11 ad ed. D.4, 4, 9 pr., S. SOLAZZI, *L'origine storica della rescissione per lesione enorme* cit., 64-65), o emanato in rapporto a vendite fiscali (argomentando dall'uso del *distrahere* come indicativo di un *ius distrahendi*); così M. NICOLAU, *Les origines de la laesio enormis*, in *Société d'histoire du droit. Communications présentées aux séances ordinaires de l'année 1934-1935*, in RHDFE. 15, 1936, 207-208. A riguardo, però, bisogna accentuare che, nei limiti in cui si voglia conservare una lettura contestualizzata di essi in base al testo a noi pervenuto, queste ipotesi si dimostrano altamente congetturali e non dimostrabili, dovendosi invece accentuare che nelle vendite all'incanto realizzate dal fisco *ob tributorum cessationem factae* la semplice 'esiguità' del prezzo non è mai da sola sufficiente ad accordare la *restitutio in integrum adversus fiscum*, ma essa concorre con il mancato rispetto delle regole di licitazione e la mala fede del compratore e del procuratore fiscale; vd. sul punto E. CARRELLI, *C. 2, 36, 1 e 3 e l'origine della rescissione per 'laesio enormis'*, in SDHI. 3, 1937, 446 ss.; M. TALAMANCA, *Contributi allo studio delle vendite all'asta* cit., 234 ss.; P. CERAMI, *In integrum restitutio adversus fiscum*, in AUPA. XXXIX, 1987, 5 ss., in particolare 30 ss.; G. KLINGENBERG, *Die venditio ob tributorum cessationem facta*, in ZSS. CIX, 1992, R.A., 350 ss., in particolare 391 ss.

¹⁶ Vd. a riguardo il superamento della concezione rigida di contrapposizione tra una reintegrazione pretoria ed una restituzione giudiziale; vd. *infra* § 7.

stato venduto alla *dimidia pars veri pretii*,¹⁷ avrebbe esercitato un'azione contro i compratori nella quale, in base all'*auctoritas* del *iudex pedaneus* investito della controversia,¹⁸ avrebbe ottenuto la reintegrazione in forma specifica del fondo previa restituzione ai compratori del prezzo da loro effettivamente pagato. Al compratore, peraltro, viene rimessa la *electio* di valutare l'opportunità e la convenienza di pagare la differenza di prezzo fino a quello del *iustum pretium* del bene venduto, cioè quello statuito dal *iudex* per la determinazione della *dimidia pars* e quindi di conservare valida la vendita.

Quest'ultima clausola di conservazione del contratto dimostra come la cancelleria imperiale fosse perfettamente cosciente di incidere su uno dei principi cardine del diritto dei contratti ed in definitiva sul principio di stabilità del vincolo sorto dal consenso espresso nel contratto di compravendita.

Ciò è altresì confermato dal fatto che il fondamento dell'intervento imperiale viene esplicitato in termini di deviazione dal *ius vetus* giustificata da una soluzione più conforme all'uomo (*humanum est*).¹⁹ La deviazione da principi consolidati è dunque sentita ed essa trova espressione nel rescritto in

¹⁷ Ciò contro quanto sostiene O. GRADENWITZ, *Interpolazioni e interpretazioni* cit., 14, che a mio avviso sposta sui presupposti del fatto la determinazione imperiale della rilevanza della fattispecie.

¹⁸ Il collegamento all'*auctoritas iudicis* sarebbe stato poco compreso dagli stessi giuristi contemporanei a Giustiniano, come dimostra ZACHARIAE VON LINGENTHAL, *Zur Lehre von der laesio enormis* cit., 57 in rapporto all'*antecessor Stephanus*, contro le argomentazioni del SOLAZZI, *L'origine storica della rescissione* cit., 76-77, che sovrappone necessità proprie della *rest.i.i.* pretoria al processo cognitorio. L'inciso è stato inteso, a ragione, come perfettamente acconcio a quest'ultimo processo; vd. da ultimo M. PENNITZ, *Zur Anfechtung wegen laesio enormis* cit., 587.

¹⁹ Nella motivazione suona più una ragione morale (*humanitas*), nella quale forse è sintetizzato un problema economico-sociale, come la tutela dei piccoli proprietari terrieri dai *potentiores*. Per altro, il collegamento, a volte cercato in dottrina, con l'*Edictum de pretiis*, quale espressione di una politica economica unitaria di Diocleziano (vd. L. LANDUCCI, *La lesione enorme* cit., 1203 e n.86 a p.1245; con approfondimenti K. VISKY, *Appunti sulla origine della lesione enorme* cit., 49 ss.; IDEM, *Die Proportionalität von Wert und Preis* cit., 379 ss. dove si accentua in particolare la crisi economica del III secolo; M.KASER, *Das römische Privatrecht*², II, München, 1975, 389), è impreciso dal punto di vista degli effetti economici diversi dei due provvedimenti ed in particolare sul fatto che qualora la determinazione del *iustum pretium* per la individuazione della *dimidia pars* sia ancorata al *tempus venditionis*, come precisa il rescritto del 293 riportato in C. 4, 44, 8 in collegamento col rescritto del 285, il provvedimento non avrebbe alcuna capacità di risolvere eventuali problemi inflattivi; esattamente K. HACKL, *Zu den Wurzeln der Anfechtung wegen laesio enormis* cit., 159; esclude che il rescritto del 285 sia condizionato dalla grande inflazione del periodo S. CORCORAN, *The Empire of the Tetrarchs* cit., 214. Rispetto al rapporto tra *potentiores* e *tenuiores* vd. R. MONIER, *Études de droit byzantin* cit., 182-183; K. HACKL, *op. ult. cit.*, 157; O. STANOJEVIĆ, *Laesio enormis e contadini tardoromani* cit., 225-226. Per la SCIUTO, *Sulla c.d. rescissione per lesione enorme* cit., 421, sarebbe, in una prospettiva più ampia, accertabile una sensibilità di Diocleziano tesa a «tutelare in maniera più incisiva soggetti economicamente deboli», così da poter riportare i due distinti problemi affrontati dalle due costituzioni di Diocleziano «ad una logica comune» (p.423).

modo inequivocabile.²⁰ Più difficile circostanziare il significato della maggiore adeguatezza all'uomo della soluzione del rescritto del 285 d.C.. In altro rescritto di Diocleziano del 293 (C. 2, 4, 20),²¹ da attribuire forse ad Ermogeniano, è la stabilità del patto transattivo che viene riportata come espressione diretta della *fides humana*, secondo quello che è l'insegnamento di Ulpiano in D. 2, 14, 1 pr. Probabilmente, il caso di specie che aveva dato adito al *libellus* del rescritto del 285 d.C. evidenziava aspetti, per noi perduti, che dovevano accentuare la natura equitativa dell'intervento imperiale a favore di Aurelio Lupo – e che echeggiano nell'*humanum est* – che dovranno trovare un adeguato coordinamento rispetto al principio di stabilità del *contractus*, coordinamento compiuto poi da Ermogeniano nel rescritto diocleziano del 1 dicembre del 293, ora in C. 4, 44, 8 (*infra* § 5).

D'altronde la scienza romanistica ha da tempo colto la rilevanza del *pretium minus* e della verifica del valore riconosciuto a fondi oggetto di vendite fiscali. È stata evidenziata una particolare attenzione al *iustum pretium*, una delle condizioni che, congiuntamente alle *solemnitates harumarum* e alla *fraus* del compratore o a scorrettezze dei funzionari del *fiscus* nelle *venditiones ob tributorum cessationem factae*, se non rispettate avrebbe permesso la risoluzione della vendita.²² Una tale attenzione non porta, però, alla maturazione di una rilevanza autonoma del *pretium minus* per rescindere le *venditiones a fisco*, il che rende problematico valutare se la prassi abbia effettivamente cristallizzato una regola di determinazione della stima giudiziale del *pretium minus* in termini di quantificazione oggettiva della *dimidia pars*,²³ come, invece, quella – di cui siamo a conoscenza – della irrilevanza del prezzo pagato in origine dal venditore, che vediamo estendersi dalle vendite fiscali a quelle *inter privatos* (Call. l. 3 *de iure fisci* D.49, 14, 3, 5 e C. 4, 44, 4 su cui *infra*).

Più difficile pesare adeguatamente la possibilità che Gregorio abbia attinto il criterio della *dimidia pars* da Nerazio in Paul. 5 *ad Plautium* D.18, 1, 57 pr.²⁴

²⁰ M. PENNITZ, *Zur Anfechtung wegen laesio enormis* cit., 578 che cita Call. l. cogn. D. 5, 1, 36 pr.

²¹ *Idem* AA. et CC. Antistiae. Non minorem auctoritatem transactionum quam rerum iudicarum esse recta ratione placuit, si quidem nihil ita fidei congruit humanae quam ea quae placuerant custodiri, nec ad rescindendum pactum sufficit, quod hoc secunda hora noctis intercessisse proponas, cum nullum tempus sanae mentis maioris quinque et viginti annis consensum repudiet. S. IIII k. Oct. AA. cons.

²² Vd. *supra* n. 15.

²³ Vd. a riguardo la puntualizzazione del KLINGENBERG, *Die venditio ob tributorum cessationem facta* cit., 399, che accentua come il limite della *dimidia pars* non è proprio delle vendite fiscali, in quanto, qualora vi siano anche gli altri requisiti previsti (su cui *supra* n.15) in esse si ha rescissione anche quando la *vilitas pretii* non abbia raggiunto il limite stabilito in C. 4, 44, 2.

²⁴ *Domum emi, cum eam et ego et venditor combustam ignoraremus. Nerva Sabinus Cassius nihil venisse, quamvis area maneat, pecuniamque solutam condici posse aiunt. sed si pars*

Secondo questa suggestiva ipotesi, di recente proposta, si tratterebbe quindi di un criterio enucleato da Nerazio entro un parere giurisprudenziale per risolvere un problema di errore comune ad entrambi i contraenti sulla consistenza materiale della *res vendita*²⁵ e sua rilevanza per il riadeguamento giudiziale del prezzo stabilito per essa, che viene utilizzato da Gregorio per un nuovo scopo ed entro un differente problema giuridico (quello della determinazione della rilevanza del *pretium minus*) entro un rescritto imperiale. Se vera, una tale lettura dimostra comunque una certa spregiudicatezza da parte dell'autore materiale del rescritto nell'usare criteri elaborati dalla *iurisprudencia* classica decontestualizzandoli dal loro ambito problematico.

3. *La forza di 'exemplum' del rescritto del 285 d.C.* – A. Fin qui le conseguenze dirette, in definitiva fortemente circoscritte, del rescritto del 285 in relazione al caso di Aurelio Lupo. Una domanda legittima che solitamente non trova adeguato approfondimento in dottrina è l'impatto del rescritto come precedente giudiziale e quindi come *exemplum* nelle controversie in materia di acquisti di fondi dopo la sua pubblicazione. Una risposta un minimo circostanziata, a riguardo, è viziata dallo stato delle fonti in nostro possesso nell'arco di tempo che va dall'ottobre del 285 d.C. al 1 dicembre del 293 data del rescritto tramandato in C. 4, 44, 8.²⁶ Ciò non toglie che emergano alcuni spunti interessanti, sui quali vale la pena sollevare un dibattito.

Una prima constatazione è che non risultano rescritti in qualche modo rilevanti o che echeggiano anche solo come *exemplum* il rescritto diretto ad Aurelio Lupo fino al 5 aprile del 293.²⁷ Da questa data si possono contare almeno altri due rescritti che affrontano il problema della richiesta di un

domus maneret, Neratius ait hac quaestione multum interesse, quanta pars domus incendio consumpta permaneat, ut, si quidem amplior domus pars exusta est, non compellatur emptor perficere emptionem, sed etiam quod forte solutum ab eo est repetet: sin vero vel dimidia pars vel minor quam dimidia exusta fuerit, tunc coartandus est emptor venditionem adimplere aestimatione viri boni arbitratu habita, ut, quod ex pretio propter incendium decrescere fuerit inventum, ab huius praestatione liberetur. Sul collegamento con C.4, 44, 2 e 8 vd. M. PENNITZ, *Zur Anfechtung wegen laesio enormis* cit., 585-587; su D. 18, 1, 57 pr., più ampiamente, anche IDEM, *Anfängliche (Teil-)Unmöglichkeit oder Gefahtragung im Kaufrecht? Von der dimidia pars des neraz (Paul. 5 ad Plaut. D.18, 1, 57 pr.) zum ABGB (§§ 1048 s. In Verbindung mit § 1064)*, in *Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, VI, 2001, 199 ss.

²⁵ M. TALAMANCA, *Vendita* cit., 328.

²⁶ In particolare viene evidenziata la lacuna degli anni 288-289 nella tradizione delle costituzioni imperiali di Diocleziano; vd. ad es. S. CORCORAN, *The Empire of Tetrarchs* cit., 30.

²⁷ Il che potrebbe sollevare il problema delle ragioni che possano, oltre ad una casuale conservazione del materiale a noi pervenuto dei rescritti di questo periodo, avere condizionato questo «vuoto», problema che in parte, a mio avviso, viene a confrontarsi col problema, anch'esso di difficile soluzione, della circolazione del *Codex Gregorianus* e del suo impatto con la prassi forense delle province.

intervento imperiale *ad rescindendam venditionem* esclusivamente in ragione del *minus pretium*. Vediamone più da vicino i contesti.

C.4, 44, 4 Idem AA. et CC. *Sempronio Eudoxio*

Ad rescindendam venditionem et malae fidei probationem hoc solum non sufficit, quod magno pretio fundum comparatum minoris distractum esse commemoras. D. non. April. Byzantio AA. cons. [a.293]

Questo rescritto diretto a Sempronio Eudossio viene promulgato probabilmente per affissione (D.=data) nella residenza imperiale (in particolare, in quella data, Nicomedia a sud di Bisanzio).²⁸ Per quanto ci è dato capire dalla sintesi del *libellus* del richiedente, sembra che Sempronio Eudossio avesse chiesto un provvedimento *ad rescindendam venditionem* in base a presupposti insufficienti, a parere dell'ufficio *a libellis*. In particolare egli avrebbe fondato la sua richiesta sul fatto che il fondo venduto era stato in precedenza acquistato ad un *magnum pretium*, parametro nei confronti del quale il *pretium* della vendita impugnata era «minore». La qualifica *per relationem* del *minus pretium* sarebbe stata considerata da Sempronio come idonea *probatio malae fidei* e giustificatrice la *rescissio* della vendita. Sulla irrilevanza del criterio di valutazione prescelto dal richiedente per evidenziare un *pretium minus*, il diritto imperiale aveva da tempo fissato una regola nelle vendite fiscali (Callistr. l. 3 *de iure fisci* D.49, 14, 3, 5).²⁹

Qualche dubbio solleva l'idoneità della differenza dei prezzi a dimostrare una mala fede dell'ultimo compratore. Si potrebbe pensare ad un argomento *ad adiuvandum* da parte del richiedente e di chi lo assisteva nel redigere il *libellus ad principem* in chiave di *dolus re ipsa*.³⁰ La *subscriptio* imperiale in ogni caso ritiene insufficiente il presupposto della chiesta invalidazione della vendita del fondo, coerentemente alla regola ricordata in altro rescritto che *dolus emptoris qualitate facti, non quantitate pretii aestimatur* (Diocl. et Maxim. Aemilio Severo C. 4, 44, 10), confermando, dunque, la vincolatività del contratto concluso nei termini convenuti. Non mi sembra possa sorgere dubbio sulla sostanziale differenza del *minus pretium* del rescritto diretto a Sempronio Eudossio rispetto a quello del 285.

È invece molto significativo il fatto che Sempronio Eudossio argomenti la sua richiesta in chiave di *minus pretium* al fine di *rescindere* la vendita del fondo, sebbene nel suo caso non si tratti di un prezzo minore della *dimidia pars*

²⁸ J.-P. CORIAT, *Le prince législateur* cit., 613.

²⁹ *Divi fratres rescripserunt in venditionibus fiscalibus fidem et diligentiam a procuratore exigendam et iusta pretia non ex praeterita emptione, sed ex praesenti aestimatione constitui: sicut enim diligenter cultura pretia praediorum ampliantur, ita si negligentius habita sint, minui ea necesse est.* Vd. autori citati supra n.15.

³⁰ Sullo sforzo, dalle dottrine dei Glossatori, di intendere il significato della *lex secunda* in chiave di *dolus rei inesse dicitur, quoties res ipsa iniqua est* vd. S. CAPRIOLI, *Rescissione del contratto* cit., 942–943; Chr. BECKER, *Die Lehre von der laesio enormis* cit., 58 ss.

veri pretii e nemmeno, coerentemente al caso prospettato, della metà del *magnum pretium praeteritae emptionis*.

Ritengo che, nell'ambito di *venditiones inter privatos*, sia difficilmente immaginabile un luogo diverso di origine di una tale argomentazione, centrata sul *minus pretium*, dal rescritto indirizzato ad Aurelio Lupo nel 285 d.C. Si potrebbe, certo, dedurre da ciò che proprio un'argomentazione generica in termini di «prezzo minore» farebbe pensare all'inesistenza nel rescritto del 285 della precisazione finale della *dimidia pars veri pretii*, dovuta quindi ad un'aggiunta successiva. Mi sembra però che il contenuto della richiesta del *libellus* di Sempronio Eudossio possa confortare un collegamento dei due rescritti senza ipotizzare alterazioni del primo, in quanto la rescissione del contratto di vendita per il *minus pretium* viene collocata da quest'ultimo entro un contesto nel quale – come detto – egli tendeva a colorare di una certa mala fede il compratore. Se il prezzo ricevuto dalla vendita del fondo fosse stato minore della metà del vero valore del bene o anche del prezzo pagato all'acquisto, la questione sarebbe stata impostata nel *libellus* espressamente in questi termini. Proprio il fatto che sebbene si tratti di un *minus pretium*, esso non rientrasse nel parametro oggettivo fissato nel rescritto del 285 d.C., impone la più elastica prospettazione nel *libellus* delle deduzioni da trarsi dal rapporto di valore e l'argomento *ad adiuvandum* della implicita *probatio malae fidei*.³¹

B. Un altro rescritto diocleziano mi sembra echeggiare l'influenza in termini di *exemplum* del rescritto del 285 negli anni successivi.

C. 4, 44, 6 Idem AA. et CC. Novisio Gaiano veterano

Non est probabilis causa, propter quam rescindi consensu factam venditionem desideras. quamvis enim duplum offeras pretium emptori, tamen invitus ad rescindendam venditionem urgere non debet. [a.293].

Il veterano Novisio Gaiano chiede all'imperatore di *rescindere* la vendita di un suo bene, forse un terreno a lui assegnato. La risposta negativa della cancelleria imperiale è nuovamente rigorosa: non si tratterebbe di una *causa probabilis* quella proposta dal richiedente al fine di invalidare la *venditio*; il compratore, quindi, non deve essere pressato contro la sua volontà *ad rescindendam*

³¹ Che doveva essere argomento utilizzato dalla prassi, ma sempre respinto dalla cancelleria imperiale diocleziana e ribadito in forma di *regula* nel rescritto ora in C. 4, 44, 10: *dolus emptoris qualitate facti, non quantitate pretii aestimatur*; su cui vd., anche in rapporto ai problemi connessi del riconoscimento e degli effetti della *restitutio in integrum adversus emptorem* del quale fosse dimostrato il *dolus*, superando i dubbi sollevati precedentemente in dottrina, A. WACKE, *Kannte das Edikt eine 'in integrum restitutio propter dolum'?*, in ZSS.LXXXVIII, 1971, 131 ss.; B. KUPISCH, *In integrum restitutio* cit., 248-249; M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale* cit., II, 597 ss.; M. KASER, *Zur in integrum restitutio* cit., 155-156 n.210; P. SCIUTO, *Sulla c.d. rescissione per lesione enorme* cit., 426 ss.

venditionem. Anche in questo caso si conferma il principio di vincolatività del contratto consensuale salvo mutuo dissenso.³²

Rilevante è, però, il fatto che il veterano avesse offerto di restituire al compratore, per riottenere il bene venduto, il doppio del prezzo pagato. Vistosi rifiutata l'offerta, egli ne utilizza il significato di indizio di una prima vendita avvenuta per un *pretium* che avrebbe potuto sostenersi minore della metà del valore del bene, dato il rifiuto del compratore di riavere il doppio del pagato. Non vedo come il veterano potesse presumere di ottenere di *rescindere* la vendita conclusa se non attraverso una interpretazione 'tendenziosa' del rescritto del 285 d.C. ed in particolare proprio della precisazione del *minus pretium* in termini di *nec dimidia pars veri pretii*.³³

C. In entrambi questi rescritti del 293 si fa percettibile un ruolo del rescritto del 285 d.C. in termini di *exemplum*.

Una prima questione connessa a questo ruolo è relativa al problema della «pubblicità» e quindi della conoscibilità e della circolazione dei rescritti nella prassi.³⁴ Il collegamento da me ipotizzato tra la costruzione delle argomentazioni dei due rescritti del 293 sopra esaminati e il rescritto del 285 avrebbe poco senso entro un sistema di conoscibilità del rescritto rimesso alla semplice pubblicazione di esso nella capitale della provincia del richiedente, come probabilmente nella *subscriptio proposita* del 285, o nella attuale residenza imperiale come per i *rescripta data*.³⁵

Come è stato però sottolineato, bisogna accentuare la realizzazione al più tardi nel 292 d.C. del *codex Gregorianus*.³⁶ Dalla pubblicazione e nei limiti di una adeguata circolazione nella prassi provinciale di questa raccolta,³⁷ il rescritto del 285 viene ad assumere un valore di precedente più generale e generalizzabile di quello che aveva avuto in base alla originaria *propositio*. D'altro lato, poi, esso è un rescritto incluso in una raccolta di costituzioni

³² La *venditio facta* sarebbe considerata dalla cancelleria imperiale in questo caso come *iure facia*; così M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale* cit., p.591 n. 383 (continua da p.588).

³³ Così anche M. PENNITZ, *Zur Anfechtung wegen laesio enormis* cit., 584.

³⁴ Vd. sul punto D. NÖRR, *Zur Reskriptenpraxis* cit., 38 ss.; J.-P. CORIAT, *Le prince législateur* cit., 608 ss. in particolare 624 ss.

³⁵ Ed era poi questo argomento ricorrente nella critica del testo: vd. O. GRADENWITZ, *Interpolazioni e interpretazioni* cit., 14; S. BRABLOFF, *Zur Lehre von der laesio enormis* cit., 262; e sulla scia S. SOLAZZI, *L'origine storica della rescissione per lesione enorme* cit., 53; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita* cit., 147-148.

³⁶ M. PENNITZ, *Zur Anfechtung wegen laesio enormis* cit., 581. Sulla datazione del 291 d.C. vd. G. ROTONDI, *Studi sulle fonti del Codice giustiniano*, in BIDR. XXVI, 1913, 131 ss.; seguito da D. LIEBS, *Die Jurisprudenz* cit., 134 ss.; opta per il 292 ora S. CORCORAN, *The Empire of the Tetrarchs* cit., 32.

³⁷ Va sottolineato che i due momenti non sono coincidenti. Il problema meriterebbe un apposito approfondimento.

imperiali da parte di un giurista dell'apparato burocratico della cancelleria,³⁸ raccolta destinata alla prassi col fine non di «riformare», ma di «stabilizzare» il diritto³⁹ e quindi coerente alla politica del *princeps*⁴⁰ diretta ad un controllo centralizzato e ad una guida del diritto privato, entro un sistema che subisce dai territori in esso inclusi forti spinte centrifughe.⁴¹ Ciò comportava con più evidenza lo spostare l'accento del significato dei rescritti raccolti da Gregorio nel *codex* dal valore di 'pareri' vincolanti per il caso concreto al valore di norme generali.⁴²

Si comprende altresì come il *codex Gregorianus*, una volta realizzatane una adeguata circolazione nei fori provinciali, venisse in parte a condizionare l'argomentazione della prassi delle perorazioni al principe e a indurne dall'interno del vocabolario utilizzato dai rescritti in esso raccolti interpretazioni estensive. Interpretazioni, come abbiamo visto, anche 'tendenzie' che la cancelleria imperiale viene a fronteggiare con particolare fermezza, ogniquale volta potessero mettere in dubbio principi consolidati del diritto privato preesistente.⁴³ Il che oltre a cogliere possibili sfumature di

³⁸ A riguardo bisogna tenere presente quanto precisa G. BARONE ADESI, *Ricerche sui corpora normativi* cit., I, 20 ss. in rapporto alla specificazione, ancora talvolta presente, della provenienza del rescritto incluso nel codice Gregoriano da una «copia» autenticata dalla cancelleria imperiale. Qualora poi si accetti l'ipotesi dell'identità dell'autore del rescritto del 285 con il giurista che realizza il *codex Gregorianus* proposta da T. HONORÉ, *Emperors and Lawyers*² cit., 148 ss.; D. LIEBS, *Die Jurisprudenz* cit., 30 ss., la autenticità delle parti del rescritto che vengono poi conservate ed incluse nella raccolta assume ancora maggiore verisimiglianza; così ad es. S. CORCORAN, *The Empire of the Tetrarchs* cit., 38.

³⁹ F. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar, 1961, 363.

⁴⁰ F. SCHULZ, *Geschichte* cit., 363-364; S. MAZZARINO, *L'impero romano*, II, Roma-Bari, 1973 [cito da 1995], 593; e di recente S. CORCORAN, *The Empire of the Tetrarchs* cit., 40; N. PALAZZOLO, *L'attività normativa del principe* cit., 283.

⁴¹ M. TALAMANCA, *Gli ordinamenti provinciali nella prospettiva dei giuristi tardoclassici*, in *Istituzioni giuridiche e realtà politiche nel tardo impero (III-V sec.a.C.)*, a cura di G. G. ARCHI, Milano, 1976, 95 ss., in particolare p.245 «Una buona parte dei problemi relativi agli ordinamenti provinciali di cui i *prudentes* non sembrano darsi carico, trovava sbocco – al livello delle strutture centrali del potere – nella cancelleria imperiale che, con *epistulae* e *rescripta*, provvedeva a risolvere le questioni che, in misura sempre maggiore, provenivano dalle province». Dello stesso Autore, vd. anche *Il diritto nelle epoche postclassiche*, in *Collatio iuris Romani. Études dédiées à Ankum 65^e ann.*, Amsterdam, 1995, 533 ss., in particolare 540-541.

⁴² A riguardo D. NÖRR, *Zur Reskriptenpraxis* cit., 37 ss. coglie i diversi aspetti del problema della «Generalisierung» e riconosce come nell'uso di *lex* nelle fonti in relazione alle costituzioni imperiali sia forse da scorgere una certa «Intensivierung der Normativität» (p.41). Sulla precisazione dell'origine «ideologica» dei requisiti della «generalità» e della «astrattezza» della norma in collegamento al principio di eguaglianza, vd. N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958, 230 ss.

⁴³ È noto che la giurisprudenza classica, per la determinazione del prezzo nella compravendita, ritenne conforme alla buona fede che «*naturaliter concessum est quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere et ita invicem se circumscribere...*» (Paul. l.34 ad ed. D. 19, 2, 22, 3; più sintetico e in termini di «*naturaliter licere contrahentibus se circumvenire*» Pomponio citato da Ulpiano in l.11 ad ed. D.4, 4, 16, 4). Queste affermazioni di

differenziazione nelle posizioni – più personali che di linee di politica imperiale – tra il *magister libellorum* del 285 d.C. ed Ermogeniano che lo è nel 293 d.C.,⁴⁴ viene soprattutto a riflettere un problema nuovo che la pubblicazione del *Codex Gregorianus* aveva indotto nella prassi processuale. La fermezza con la quale vengono ribaditi i principi classici in materia ed anche la delimitazione alla sola *emptio venditio* di *praedia* della innovazione del rescritto del 285 d.C. (Herm. 2 *iuris epit.* D. 19, 2, 33),⁴⁵ dimostrano semmai la volontà di Ermogeniano di circoscrivere la generalizzazione dell'*exemplum* rispetto ad altri contratti, ma non quella di negare forza normativa anche solo come precedente per casi simili a quello del rescritto diretto ad Aurelio Lupo.

4.1 *rescritti raccolti nel Codex Gregorianus e loro possibile qualifica come leges in Ermogeniano?* – A questo riguardo il problema potrebbe assumere una luce nuova anche grazie ad un altro rescritto promulgato in quell'anno. Si tratta di:

C. 4, 44, 7 Idem AA. et CC. *Mucatraulo <et aliis> milit<ibus>*⁴⁶

Ratas manere semper perfectas iure venditiones vestra etiam interest. Nam si oblato pretio rescindere venditione facile permittatur, eveniet, ut et si quid vos laboribus vestris a fisco nostro vel a privato

principio che, in base al passo di Paolo, possono estendersi anche alla locazione conduzione (...*ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est*), non sembra debbano intendersi in modo generico, ma circostanziato: nei limiti, cioè, in cui non siano dimostrabili violenza, *metus*, dolo: entro questi limiti, la proporzionalità tra le prestazioni corrispettive voluta dalle parti si considera vincolante e non suscettibile di revisione, né possibile sintomo di una patologia dell'accordo raggiunto. Sulla risalenza di una tale lettura circostanziata delle fonti romane vd. M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale* cit., I, 63. Così, nella moderna romanistica, vd. ad es. V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita* cit. in *diritto romano*, I, Napoli, 1978², 143–144; con ampia dimostrazione ed approfondimento A. WACKE, *Circumscribere, gerechter Preis und die Arten der List*, in ZSS.XCIV, 1977, RA., 184 ss.; vd. ora M. TALAMANCA, *Vendita* cit., 368. È un principio coerente ad una concezione del contratto come accordo tra pari, espressione di una società (formalmente) di eguali, nella quale si presume appunto, salvo elementi esterni che possano porre in discussione tale eguaglianza (minore età) o la correttezza dell'accordo raggiunto (*dolus*, *metus*, *error* rilevante), che la proporzione tra le prestazioni corrispettive fissata nell'accordo sia quella voluta dalle parti e quindi quella che la buona fede deve tutelare poi nella dinamica del rapporto.

⁴⁴ Accentua ora la possibilità di cogliere con una certa approssimazione le differenti concezioni di fondo di Gregorio ed Ermogeniano T. HONORÉ, *Emperors and Lawyers*² cit., 184.

⁴⁵ La diversa opzione è significativa: *et ideo praetextu minoris pensionis, locatione facta, si nullus dolus adversarii probari possit, rescindi locatio non potest*.

⁴⁶ Così Haloander in base al *vestra, vos e vobis* del rescritto, sebbene l'ipotesi non sia accettata da P. KRÜGER, *Die Überlieferung der Adressaten in Haloanders Ausgabe des Codex Justinianus*, in ZSS.XIII, 1892, 287 ss. in particolare 290. L'ipotesi di Haloander è seguita da M. TALAMANCA, *Contributi allo studio delle vendite all'asta* cit., 234.

comparaveritis, eadem lege conveniamini, quam vobis tribui postulatis.
[a.293]

Il rescritto ha un certo tono didascalico, quasi a farne un caso esemplare per precisare la linea imperiale sul punto. La stabilità nel tempo del vincolo assunto con l'accordo è fissata come principio.⁴⁷ La motivazione viene ad indicare come universale l'interesse alla stabilità richiamata, in quanto ciascuno può rivestire la parte di compratore e quindi sarebbe interesse anche dei militari autori del *libellus* diretto ad *rescindendam venditionem* la conservazione del principio che *ratas manere semper perfectas iure venditiones*.

L'offerta di restituire il prezzo ricevuto dalla vendita, d'altronde, è solo una delle condizioni poste per invalidare vendite deprezzate di fondi all'incanto per ragioni fiscali ed anche vendite *inter privatos*, una volta però accertata la presenza delle altre cause tipizzate per la suddetta «invalidazione». In questo caso il tenore del rescritto nulla dice sulle cause in base alle quali Mucatraulo e gli altri militari ricorrenti avessero chiesto la rescissione della vendita, sebbene l'enunciazione del principio generale per la validità delle vendite (*perfectae iure venditiones*) potrebbe indurre a pensare che i ricorrenti avanzassero dubbi a riguardo, dubbi che la *subscriptio* ritiene però irrilevanti, ascrivendo la vendita concretamente conclusa nelle *venditiones iure perfectae*.⁴⁸ L'unico punto sicuro è, comunque, che il richiedente aveva chiesto l'invalidazione della vendita avendo offerto al compratore la restituzione del prezzo.

Ciò che in questa sede preme maggiormente evidenziare è l'uso di *lex* che viene fatto nella *subscriptio* di Ermogeniano (*eadem lege conveniamini quam vobis tribui postulatis*).

Dubbio è se i soldati stessi abbiano sostenuto la loro *postulatio* qualificando in termini di *lex* una costituzione imperiale, di cui chiedono l'applicazione al loro caso⁴⁹ oppure se sia stato il giurista che redige il rescritto imperiale a voler enfatizzare la tensione verso la «generalizzazione» dei *rescripta* imperiali.

⁴⁷ Cfr. M. TALAMANCA, *Contributi allo studio delle vendite all'asta* cit., 234–235; A. WACKE, *Circumscribere* cit., 200 e n.62; M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale* cit., 590 n.383 (continua da p.588).

⁴⁸ M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale* cit., 590 n.383 (continua da p.588) coglie la diversità di accenti tra prima e seconda proposizione.

⁴⁹ Si fosse trattato di una *venditio* conclusa per *vis*, si sarebbe, invece, potuto pensare alla *lex Iulia de vi* come in D.48, 6, 5 pr. i. f. «*quive per vim sibi aliquem obligaverit, nam eam obligationem lex rescindit*», ma il rescritto non avvalorava una tale ipotesi. In caso di *venditio ob tributum cessationem a fisco facta* subita dai militari potrebbe ad es. pensarsi più che all'*edictum Divi Marci* ricordato in C. 2, 36, 3 pr., al rescritto di Gordiano in C. 10, 1, 3 o al rescritto dei *Divi fratres* in D.49, 14, 3, 5. Su questi passi vd. gli autori citati *supra* n.15. In caso di *emptio inter privatos*, forse in rapporto ad una *restitutio in integrum* del maggiore d'età, il rescritto sarebbe coerente alla regola classica ribadita nel rescritto di Gordiano in C. 8, 23, 1, 2.

Il dato va coordinato con altro rescritto diocleziano del febbraio del 293 diretto a *Titia et Marciana*, in base al quale sempre Ermogeniano, nel ribadire la vincolatività del *contractus venditionis et emptionis iure perfectus* (C. 4, 44, 3),⁵⁰ la fonda sul principio di *bona fides* (*alterutro invito nullo recedi tempore bona fides patitur*), accentuando l'inderogabilità di detta regola anche da parte dei rescritti imperiali (*nec ex rescripto nostro*) valutati in astratto, come fonte del diritto e non come concreto rescritto a cui le richiedenti abbiano fatto riferimento nel *libellus*.⁵¹

Non colgo tra i due rescritti contraddizione, ma sfumature di accenti: in C. 4, 44, 3 viene accentuata l'inderogabilità del principio classico fondato sulla *bona fides* in rapporto espressamente al potere dell'imperatore di creare diritto attraverso i *rescripta*. In C. 4, 44, 7, invece, si enfatizza la potenziale «generalizzazione» di un precedente rescritto imperiale, di cui i *milites* chiedono l'applicazione in termini di *exemplum*, anche al caso da loro sottoposto all'imperatore. La cancelleria imperiale, enfatizzando il potenziale valore di *lex* del rescritto-*exemplum* richiamato nel *libellus* dei militari, accentua del momento normativo del rescritto stesso quello della sua possibile generalizzazione applicativa ai casi simili, enfattizzazione che doveva sembrare più consona a giustificare il rigetto della *petitio* dei militari.

Riemergerebbe, allora, una significativa terminologia qualificante un rescritto imperiale in termini di *lex*, rescritto richiamato in un *libellus* del 293 d.C. e di cui si chiede l'applicazione anche al caso dei richiedenti. Particolarmente significativa, anche perché, vuoi la si consideri già terminologia del *libellus* confermata poi da Ermogeniano nel rescritto, vuoi la si consideri introdotta soltanto dal giurista nel rescritto per enfattizzarne la «generalizzazione» del momento normativo, quest'ultimo conosceva sicuramente la posizione di Ulpiano in materia (D.1,4,1:... *quodcumque igitur imperator per epistulam et subscriptionem statuit vel cognoscens decrevit, vel de plano interlocutus est vel edicto praecepit, legem esse constat*),⁵² descrivendo con maggiore concretezza il senso delle conseguenze che forse

⁵⁰ Il testo del rescritto tramandato nel *Codex Iustinianus* è il seguente: *De contractu venditionis et emptionis iure perfecto alterutro invito nullo recedi tempore bona fides patitur, nec ex rescripto nostro. Quo iure fiscum nostrum uti saepe constitutum est. D. VIII id. Febr. AA. cons. [a.293].*

⁵¹ Non è casuale che T. HONORÉ, *Emperors and Lawyers*² cit., 176, ne faccia il rescritto emblematico per indicare la personalità scientifica di Ermogeniano («Three cardinal principles in as many lines»).

⁵² Mi sembra peraltro che mentre il discorso ulpiano si fondi su una considerazione delle costituzioni imperiali come fonti di produzione del diritto incentrata sulla verifica e tenuta a riguardo del principio repubblicano di conferimento dell'*imperium* dal *populus Romanus* (vd., pur entro una ricostruzione che tende a valorizzare la tesi dell'*auctoritas principis* come vero fondamento della produzione del diritto dell'imperatore, quanto riconosce V. MAROTTA, *Ulpiano e l'impero* cit., I, 68 ss. in rapporto alla concezione dei giuristi 70), quello che echeggia in C.4, 44, 7 accentua della *lex* il momento della «generalità».

Ermogeniano riconosceva alla prima «codificazione» dei *rescripta*, sul piano del loro valore di fonte del diritto, da parte, cioè di quel giurista che di lì a poco (295 d.C.) avrebbe completato l'opera del *Codex Gregorianus* coi rescritti diocleziane dei anni successivi, dimostrando in sostanza di condividere le finalità del primo codice del 291-292 d.C.

5. *La interpretatio autentica del 1 dicembre del 293 della innovazione del 285.* Dopo otto anni dal rescritto diretto ad Aurelio Lupo e due anni dopo la sua inclusione nel *Codex Gregorianus*, Ermogeniano decide di fissare le coordinate dogmatiche del problema, prendendo spunto da un rescritto di Diocleziano in risposta ad un *libellus* dove si lamentava appunto la vendita di un fondo ad un *paulum minus pretium*.

C.4, 44, 8 Idem AA. et CC. Aureliae Euodiae

Si voluntate tua fundum tuum filius tuus venundedit, dolus ex calliditate atque insidiis emptoris argui debet vel metus mortui vel cruciatus corporis imminens detegi, ne habeatur rata venditio. hoc enim solum, quod paulo minori pretio fundum venundatum significas, ad rescindendam emptionem invalidum est. quod videlicet si contractus emptionis atque venditionis cogitasses substantiam et quod emptor viliori comparandi, venditor cariori distrahendi votum gerentes ad hunc contractum accedant vixque post multas contentiones, paulatim venditore de eo quod petierat detrahente, emptore autem huic quod obtulerat addente, ad certum consentiant pretium, profecto prospiceres neque bonam fidem, quae emptionis atque venditionis conventionem tuetur, pati neque ulla rationem concedere rescindi propter hoc consensu finitum contractum vel statim vel post pretii disceptationem: nisi minus dimidia iusti pretii, quod fuerat tempore venditionis, datum est, electione iam emptori praestita servanda. D. k. Dec. AA. cons. [a.293].

Nel rescritto ad Aurelia Euodia del 1 dicembre del 293 d.C., la cancelleria diocleziana dimostra solo in parte una simmetria col rescritto del 285, venendo a fare ulteriori precisazioni. Sembra che il *libellus* inviato a Diocleziano sia l'occasione che Ermogeniano utilizza per una definitiva messa a punto delle cause rilevanti per la rescissione della vendita *inter privatos* in caso di *minus pretium*.

Le condizioni *ne habeatur rata venditio* vengono nuovamente ribadite, coerentemente al *ius vetus*, in un accordo viziato da *dolus*, *vis* e *metus*. La ricorrente aveva, invece, lamentato una vendita di un suo immobile, probabilmente conclusa dal figlio, soltanto deprezzata (*paulo minori pretio*

fundum venumdatum),⁵³ ragione questa ritenuta con evidenza insufficiente (*invalidum est*) a giustificare lo scioglimento della vendita.

Il lungo *excursus* interpretativo della cancelleria chiarisce il significato della soluzione negativa ed illumina anche il rescritto del 285.

L'accordo sulla proporzionalità tra valore del bene venduto e prezzo, anche frutto di lunghe trattative tra le parti,⁵⁴ è un punto di incontro che media tra le richieste confliggenti dei contraenti (di vendere a più e comprare a meno). L'equilibrio che l'accordo scolpisce e che cristallizza definitivamente la *substantia contractus*⁵⁵ è un valore tutelato dalla *bona fides* che sorregge il contratto consensuale, non sopportando uno scioglimento del vincolo sorto dall'accordo in ragione di un *paulo minori pretio fundum venum datum* (*neque bonam fidem, quae emptionis atque venditionis conventionem tuetur, pati*).

Né, secondo Ermogeniano, vi sarebbe alcuna altra *ratio* (*neque ulla rationem concedere*) che potrebbe giustificare a queste condizioni un *rescindere* della vendita. Echeggia qui, circoscrivendone la forza incidente sui principi consolidati, l'*humanum est* del rescritto del 285.

Le cose cambiano, per la cancelleria imperiale, soltanto ed esclusivamente se il punto di equilibrio raggiunto dalle parti dimostri una sperequazione di valore evidente, inferiore alla metà del *iustum pretium*, che, coerentemente al rescritto del 285, precisa il *pretium verum* nel valore del fondo secondo la *aestimatio* del giudice investito della controversia,⁵⁶ stima che deve farsi risalire al valore del fondo al tempo di conclusione della vendita da invalidare (*nisi*

⁵³ L'ipotesi critica che espunge il [*paulo*] a *minori pretio* in base ad una coerenza dell'intervento giustiniano in relazione a C. 4, 44, 15 e C.Th. 3, 1, 4 (O. GRADENWITZ, *Interpolazioni e interpretazioni* cit., 14-15; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita* cit., I, 145-146; di recente A. J. B. SIRKS, *La laesio enormis* cit., 297-298; M. TALAMANCA, *Vendita* cit., 370 e n. 688) non mi sembra giustificata, in quanto l'aggiunta del *paulo* a *vilioris pretii nomine* nella costituzione di Graziano, Valentiniano e Teodosio del 383 d.C. è resa necessaria ai giustinianeî che redigono il titolo *De rescindenda venditione* del *Codex repetitae praelectionis* per renderla coerente alle *leges* dioclezianee inserite nello stesso titolo (ma assenti nel *Codex Theodosianus*) che fissavano esplicitamente il *minus pretium* nel valore inferiore alla *dimidia pars veri/iusti pretii*; sul punto vd. *infra* § 6.

⁵⁴ Accentua il «realismo» della descrizione fatta nel rescritto A. WACKE, *Circumscribere* cit., 199 n.58. Secondo M. TALAMANCA, *Vendita* cit., 370 n.685 si sente quasi l'eco delle estenuanti trattative dei mercati orientali.

⁵⁵ Il rescritto riflette qui una terminologia significativa, che va forse posta in relazione ad un insegnamento papiniano; vd. Pap. 10 *quaest.* D.18, 1, 72 pr. (...*emptionis substantia consistit ex pretio*). Sul passo in relazione all'importanza di esso nella tradizione romanistica in rapporto alla nascita dei *substantialia* vd. R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'*. *Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli, 1999, 315 ss.

⁵⁶ Per il superamento dei dubbi sulla genuinità di *iustum pretium* e per il significato qui riconosciutogli vd. *supra* n.14.

minus dimidia iusti pretii, quod fuerat tempore venditionis, datum est), specificazione questa sul *tempus venditionis* assente nel rescritto del 285.⁵⁷

In sostanza Ermogeniano, prendendo spunto dal rescritto al *libellus* di Aurelia Euodia, opera una *interpretatio* del rescritto del 285 tesa a ricondurre l'innovazione entro la sfera di coerenza dei principi esistenti del diritto privato, in particolare svalutando il momento 'equitativo' evocato dall'*humanum est* e armonizzando il criterio quantitativo eteronomo dell'*ultra dimidium* nel sistema del *naturaliter invicem circumscribere* coerente nella concezione classica alla *bona fides*.⁵⁸

Solo a queste condizioni, conformemente a quanto stabilito otto anni prima, il venditore potrà rescindere la compravendita attraverso un'*actio rescissoria* contro il compratore, azione che include, modellandoli, i meccanismi propri della *restitutio in integrum* pretoria alla *cognitio* del *iudex pedaneus*, il quale ordinerà una corrispettiva *restitutio* del *pretium* al venditore e della *res vendita* al compratore.⁵⁹ Quest'ultimo, peraltro, potrà scegliere di evitare la rescissione offrendo un adeguamento del prezzo fino alla concorrenza del valore stabilito dal giudice nella sua *aestimatio* del *verum pretium*.

Anche in rapporto alla *electio emptoris*, il collegamento con il rescritto del 285 è indubbio (C.4,44,2: *...vel, si emptor elegerit, quod deest iusto pretio recipies*; C.4,44,8: *electione iam emptori praestita servanda*) e comprensibile soltanto entro un panorama che conosce la «generalizzazione» di quel rescritto nel *Gregorianus*.⁶⁰

Ermogeniano sembra intessere un discorso di rimandi e collegamenti col rescritto del 285 incluso nella *Codex* del 291-292 che avvalora una sua considerazione da parte del giurista in termini di *lex*, presupponendone anche una adeguata circolazione nei fori provinciali.

Il rescritto del 285, quindi, vincolante per il caso di Aurelio Lupo, sembra aver acquisito un valore più ampio di *exemplum* attraverso la sua inclusione nel

⁵⁷ Gli argomenti della critica si concentrano in particolare su quest'ultima frase, che sarebbe sicuramente insitica dato il rinvio alla *electio iam emptori praestita* statuita nel rescritto del 285; vd. autori citati *supra* n. 11; ritengo, invece, che esso possa spiegarsi entro la contestualizzazione storica del rescritto del 293 dopo il *codex Gregorianus*. Riguardo ai dubbi connessi al brusco cambiamento della logica del rescritto da cogliersi nella giustapposizione dell'ultima frase alla digressione precedente, anche recentemente sottolineato (vd. ad es. M. TALAMANCA, *Vendita* cit., 369 n.681), ritengo possa considerarsi quanto già *supra* detto sui problemi di tradizione testuale delle costituzioni imperiali a noi pervenute (vd. n.2 ed in connessione alla frase finale di C. 4, 44, 2 *supra* n.11).

⁵⁸ È quanto accadrà, esemplarmente, nella tradizione romanistica in G. NOODT, *Opera omnia*, IV, Neapoli, 1786, 102 ss., in particolare 102–103.

⁵⁹ Sui profili tecnici che nasconde l'uso del più sfumato *rescindere* in rapporto alla *restitutio in integrum* e all'*actio rescissoria* vd. *infra* § 7.

⁶⁰ Vd. *supra* n. 57.

codice Gregoriano, determinando dapprima uno sforzo della cancelleria imperiale di circoscriverne tendenze interpretative generalizzanti e tendenziose provenienti dalla prassi (vd. *supra* C. 4, 44, 4 e C. 4, 44, 6) e poi una sua messa a punto in rapporto alle altre cause di rescissione della vendita come conseguenza di questa generalizzazione, *interpretatio* autoritativa realizzata da Ermogeniano nel rescritto diocleziano del 293 prendendo spunto dal *libellus* di Aurelia Euodia, esso stesso poi confluito nel *Codex Hermogenianus* del 295.

Tra 285 e 295 si viene a porre e a perfezionare una nuova causa di invalidazione delle compravendite di terreni a favore del venditore, che fissa un criterio quantitativo eteronomo sottratto al libero convincimento del giudicante. È un cambiamento di rotta dei normali meccanismi-guida del diritto privato che la giurisprudenza classica aveva affinato nel processo formulare.⁶¹ Direi che è *rescriptum* che si fa *lex* grazie ad un processo di «generalizzazione» ed «astrazione» del valore normativo originariamente circoscritto del provvedimento imperiale, in base alla sua inclusione in un *codex* – opera non ufficiale realizzata da un giurista dell'ufficio *a libellis* – destinato alla prassi forense, entro un contesto di forti tendenze centrifughe, che il *princeps* tenta di controllare attraverso le costituzioni imperiali e i giuristi dell'apparato imperiale provano a razionalizzare attraverso uno sforzo ordinante.⁶² L'accentuazione, quindi, di un provvedimento che nasce come parere vincolante per il caso concreto e che si veste di modello autoritativo eteronomo incidente sul momento giudiziale, se è antitetico alla più duttile guida espressa dai *responsa* del *ius controversum* dei giureconsulti dei secoli precedenti sulla statuizione giudiziale, si atteggia in modo perfettamente coerente alle nuove caratteristiche della produzione imperiale del diritto.

6. *Da Costantino a Giustiniano* – La *lex* diocleziana non trova una linea di continuità nel diritto degli imperatori successivi. Già nel 319 d.C., Costantino, in una costituzione diretta al *praefectus annonae*, ribadisce la vincolatività della *fides venditionis atque emptio*, non suscettibile di essere lesa *nulla circumscriptio <e aut> violentia facta*. In particolare non può essere turbato il contratto celebrato *sine ulla culpa*, avanzando *sola pretii vilioris querella* (CTh. 3, 1, 1 = Brev. 3, 1, 1⁶³). Considerando una tale *lex* delimitata ai negozi

⁶¹ Vd. quanto già notava R. ZIMMERMANN, *Richterliches Moderationsrecht* cit., 138 in rapporto alla incidenza del criterio della *dimidia pars* sulla «Kunst des Richters», e pesando il modello classico in rapporto al diritto civile tedesco attuale (186 ss.). Qualcosa anche nel mio *La «buona fede» come principio di diritto dei contratti: diritto romano e America Latina*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti Convegno in onore A. Burdese*, a cura di L. GAROFALO, I, 322 ss. [= *Roma e America. Diritto romano comune*, 13, 2002, 152 ss.]

⁶² Vd. a riguardo G. PUGLIESE, *Spunti e precedenti romani delle moderne codificazioni*, in *Index* 14, 1986, 25; S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*, Torino, 1999², 12.

⁶³ IMP. CONSTANT(INUS) A. AD PROFUTURUM P(RAE)F(ECTUM) ANNONAE. *Venditionis atque emptio* fidem nulla circumscriptio <e aut> [Gothofr.] violentia facta rumpi minime decet. Nec

connessi all'approvvigionamento della capitale sui quali appunto è esercitata la *iurisdictio* del destinatario,⁶⁴ essa è da leggere coerentemente a quella tendenza già emersa nell'ufficio *a libellis* diocleziano dal 293 di rigettare interpretazioni estensive del rescritto del 285 d. C., in questo caso evitandone la generalizzazione verso *venditiones* di *res mobili*.

Ad un secolo quasi dal rescritto diretto ad Aurelio Lupo, sembra al contrario emergere una vera e propria linea imperiale contraria all'invalidazione di vendite di *praedia* per *minus pretium*. Gli imperatori Graziano, Valentiniano e Teodosio nel 383 d.C. (C.Th. 3, 1, 4 = Brev. 3, 1, 4)⁶⁵ sanciscono espressamente il principio per il maggiore di età della impossibilità di una *repetitio in reliquum*⁶⁶ in rapporto ad una vendita *pretii nomine vilioris* ed inviano la direttiva al *praefectus praetorio* della diocesi Italia, perché eserciti la sua *iurisdictio vice sacra* in questo senso.

Il principio viene poi ribadito dagli stessi imperatori nel 396 d.C. con un provvedimento diretto a Remigio, *praefectus Augustalis*, accentuando la stabilità dell'*empti contractus vel venditi* concluso *inter personas legitimas* e l'irrelevanza al fine di una sua eventuale «invalidazione» di una *minor adnumerata pretii quantitas*.

È una linea che trova accoglimento in Teodosio II, il quale, coerente ad una volontà da tempo emersa di ridimensionamento del valore dei *rescripta* rispetto al *ius* (così *Constantinus ad populum* in C.Th. 1, 2, 2 [= Brev. 1, 2, 1]⁶⁷) e ad una politica imperiale che tenda a riacquistare il pieno controllo della produzione del diritto e delle riforme ad esso esclusivamente attraverso *leges generales*,⁶⁸ include nel suo *codex* del 438 d.C. le *leges* sopra menzionate che ridimensionano la «generalizzazione» che i rescritti diocleziane in materia

enim sola pretii vilioris querella contractus sine ulla culpa celebratus litigiosos strepitum turbandus est. P(RO)P(OSITA) ID. AUG. CONSTANTINO A. V ET LICINIO C. CONSS.

⁶⁴ Così già E. ZACHARIAE VON LINGENTHAL, *Zur Lehre von der laesio enormis* cit., 59. In realtà la critica che spesso fa leva su queste *leges* del C.Th. per affermare l'inesistenza prima di Giustiniano della «invalidazione» della vendita di fondi per *pretium minus* non mi sembra cogliere nel segno, perché esse indeboliscono semmai un approccio alla legislazione postclassica fondato su una «kontinuierliche Geltung des Rechtsmittels»; puntuale K. HACKL, *Zu den Wurzeln der Anfechtung wegen laesio enormis* cit., 156.

⁶⁵ IMPP. GRAT(IANUS), VALENTIN(IANUS) ET THEOD(OSIUS) AAA. AD HYPATIUM P(RAE)FECTUM P(RAETORI)O. *Quisquis maior aetate atque administrandis familiarum suarum curis idoneus conprobatus praedia etiam procul posita distraxerit, etiamsi praedii forte totius quolibet casu minime facta distractio est, repetitionis in reliquum pretii nomine vilioris copiam consequatur...*

⁶⁶ La terminologia usata sembrerebbe riferirsi esclusivamente alla possibilità di ottenere la differenza del prezzo.

⁶⁷ IDEM A. AD POPULUM. *Contra ius rescribia non valeant, quocumque modo fuerint inpetrata. Quod enim publica iura prescribunt, magis sequi iudices debent.* P(RO)P(OSITA) IIII KAL. SEPTEMB. ROMAE CONSTANTINO A. IIII ET LICINIO IIII CONSS.

⁶⁸ Vd. G. G. ARCHI, *Teodosio II e la sua codificazione*, Napoli, 1976, 76 ss., in particolare sui *rescripta contra ius*, 83 ss.; M. BIANCHINI, *Caso concreto e «lex generalis»*, Milano, 1979, 112.

avevano avuto attraverso la loro inclusione nei *codices Gregorianus et Hermogenianus*.

La linea sembra segnata anche per le *leges Barbarorum*, in particolare in una *lex* raccolta nel *Codex Euricianus* 294 (476 d.C.), nella quale il principio della *firmitas venditionis* viene ribadita in rapporto a vendite *vili pretio*.⁶⁹

Anche le *interpretationes* tramandate nel *Breviarium Alaricianum* (506 d.C.) in rapporto alle costituzioni di Costantino⁷⁰ e di Graziano, Valentiniano e Teodosio⁷¹ confermano l'impressione che il recupero giustiniano dei rescritti di Diocleziano segni un momento di svolta e di contrapposizione con una tendenza abbastanza netta in senso contrario distinguibile dalla fine del IV sec. d. C.

Giustiniano, quindi, intenzionalmente, riconferma nel suo *codex* come *leges* i due *rescripta* ereditati dai codici *Gregorianus* e *Hermogenianus*, non codificando invece la costituzione di Costantino in C.Th.3, 1, 1 (*Brev.* 3, 1, 1), né la seconda costituzione di Graziano, Valentiniano e Teodosio del 396 d.C. (C.Th.3, 1, 7 = *Brev.* 3, 1, 7) e includendo nel titolo *De rescindenda venditione* (C. 4, 44, 15) soltanto la prima costituzione di quest'ultimi imperatori, quella diretta ad *Hypatius* prefetto al pretorio del 383 d.C. (C.Th. 4, 1, 4), intervenendo su di essa con due tagli di proposizioni che ne snelliscono il periodare e con l'integrazione del *paulo* prima del *vilioris pretii nomine* al fine di armonizzarla con i due rescritti diocleziane inseriti nelle *leges* 2 e 8 dello stesso titolo.

In ogni caso, il sistema complessivo della compilazione giustiniana non disegna sul punto un quadro coerente, in particolare nel rapporto tra *Codex* e *Digesta*, così che se da un lato il coordinamento richiesto per la *repetita praelectio* del codice alla *digestorum via dilucida et aperta* (Cordi 3) non sembra aver alterato il disegno del titolo *De rescindenda venditione* [C.4, 44]

⁶⁹ *Venditionis haec forma serve(tur, ut) <seu res> [seu m]incipia seu quodlibet animalium ge[nus v]enditur, nemo propterea firmitatem [vendi]tionis inrumpat, quod dicat, rem vili [prae]tio vendidisse. Vd., superando la lettura dominante unilateralmente orientata a considerare questa testimonianza come un'ulteriore prova della introduzione giustiniana della rescissione per *minus pretium*; TH. MAYER-MALY, *Pactum, Tausch und laesio enormis* cit., 226–227; H. SIEMS, *Handel und Wucher im Spiegel frühmittelalterlicher Rechtsquellen*, Hannover, 1992, 764 ss., in particolare 769–770.*

⁷⁰ *Interpretatio* [ad C.3, 1, 1]. *Cum inter eumentem atque vendentem fuerit res definito pretio comparata, quamvis plus valeat quam ad praesens venditur, hoc tantummodo requirendum est, si nihil fraudis vel violentiae egit ille, qui comparasse probatur et si voluerit revocare qui vendidit, nullatenus permittatur.*

⁷¹ *Interpretatio* [ad C.3, 1, 4]. *Quaecumque persona iam perfecta aetate domum suam regere potest, si villam, domum vel quodlibet aliud habita pretii definitione vendiderit et forsitan postea opponere velit, quod minus pretii acceperit, quam res valebat, quia forte agrum, quem vendidit, longe positus ignorasse se dicat, non ideo venditio poterit revocari, quia aetas perfecta potuit scire quid venderet aut quo pretio res vendenda valere potuisset. Interpretatio* [ad C. 3, 1, 7]. *Cum inter duas quascumque personas de pretio cuiuscumque rei convenerit, quamvis vilis quam valebat res fuerit comparata, nullatenus revocetur.*

già definito nel *novus Codex*, d'altro lato l'«invalidazione» delle *venditiones* di immobili per un *pretium minus* (cioè minore della *dimidia pars veri pretii*) non assurge in esso a principio generale.⁷²

7. «Invalidazione restitutoria» e rescindere – Importante, dal punto di vista dell'invalidazione della vendita per *olutio* della *dimidia pars veri pretii*, il meccanismo richiamato nel rescritto del 285 (C. 4, 44, 2).

In particolare, in esso non si segue la via del «risarcimento», più consona al ruolo classico dell'*actio venditi*, ma la via «restitutoria». In sostanza, Aurelio Lupo avrebbe avuto l'onere di «restituire» ai compratori il prezzo ricevuto, al fine di riavere *auctoritate intercedente iudicis* il fondo venduto.⁷³ Il meccanismo «restitutorio» poteva essere evitato dal compratore integrando al venditore quanto mancasse al *iustum pretium*.

Un punto di solito non adeguatamente approfondito in dottrina è quello della natura di tale «invalidazione restitutoria», rispetto alle forme che, in qualche modo presenti alla cancelleria imperiale diocleziana, potevano considerarsi adeguate allo scopo: mi riferisco in particolare alla *restitutio in integrum* pretoria e al *restituere* giudiziale.⁷⁴ Il problema, sul piano dell'efficacia della «restituzione», è semplificato dalla acquisita ampiezza già in età classica della restituzione giudiziale nell'azione redibitoria, raggiungendo risultati

⁷² Constatazione che crea qualche perplessità sulla «effettiva portata dell'innovazione stessa» negli studiosi che propendono per una origine giustiniana dell'istituto; vd. ad es. di recente M. TALAMANCA, *Vendita* cit., 370.

⁷³ Questo in risposta alla notazione del BRABLOFF, *Zur Lehre von der laesio enormis* cit., 270, che coglieva una asimmetria nella previsione di una *auctoritas intercedens* del *iudex* solo per la restituzione del fondo da parte del compratore e non del prezzo da parte del venditore. In realtà, il *pretium te restituente* è per Tu un onere e non un obbligo, svolto il quale nasce per il compratore l'obbligo della restituzione, *auctoritate intercedente iudicis*, del fondo. Qualcosa di simile, ma a parti ribaltate, a quanto la dottrina ha evidenziato rispetto alle «restituzioni» in materia di *actio redhibitoria*; vd. ad es. V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita* cit., II, 370; L. GAROFALO, *Studi sull'azione redibitoria*, Padova, 2000, 47.

⁷⁴ A riguardo, è da tenere presente la critica alla tradizionale ricostruzione della *restitutio in integrum* pretoria (quella ad es. di O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*, Leipzig, 1927³ [rist. Aalen, 1985], 109-130; 435-443; E. LEVY, *Zur nachklassischen in integrum restitutio* cit., 360 ss., che peraltro aveva la necessità di ipotizzare numerosi interventi giustiniani su testi della giurisprudenza classica), che include nella procedura «restitutoria» della reintegrazione del pretore azioni *in personam* arbitrarie, fissando un legame tra *restitutio in integrum* pretoria e clausola formulare sul *restituere* giudiziale; B. KUPISCH, *In integrum restitutio und vindicatio utilis* cit., *passim*. La innovativa lettura, che sottoposta ad una approfondita valutazione sembra conservare in parte la sua validità (M. KASER, *Zur in integrum restitutio* cit., 101 ss.), in rapporto al rescritto di Diocleziano ora in C. 4, 44, 2 permette di considerare in chiave diversa la trasformazione della *restitutio in integrum* nella *cognitio extra ordinem* classica, non più tanto il venire meno, con la cessazione della bipartizione strutturale del processo, di una suddivisione tra *restitutio* pretoria e *restituere* giudiziale, quanto la contaminazione delle funzioni dei diversi organi a ciò preposti in età classica (vd. così anche M. KASER, *op. ult. cit.*, 103-104).

assimilabili al provvedimento magistratuale di reintegrazione (Ulp. *l ad ed. aed. cur.* D. 21, 1, 23 7).⁷⁵

La scelta tecnica operata dalla cancelleria imperiale, a mio avviso, prevede un *iudicium rescissorium* che prende forma entro una lite regolata in termini di *cognitio extra ordinem* classica, nel quale il giudice-funzionario può, attraverso la sua *auctoritas*,⁷⁶ imporre al compratore una «restituzione» *in re ipsa* del fondo venduto. Il *rescindens*, se si vuole conservare per comodità espositiva una bipartizione propria della rilettura medievale della *restitutio in integrum* pretoria, è fondato, invece, nel *rescriptum* imperiale stesso, che concretizza in questo caso una linea di continuità – rispetto ai meccanismi classici del processo formulare – con la *cognitio* del pretore per la *restitutio in integrum*⁷⁷ e integra le *causae* edituali di concessione della stessa. Il *princeps*, cioè, risolve in tal senso, fissando un criterio autoritativo di natura quantitativa, una nuova *causa rescindens* che non trovava fondamento nell'editto del pretore codificato, se non forse ricorrendo ad una *interpretatio* ampia della *clausula generalis* di D. 4, 6, 1, 1.⁷⁸

Dal punto di vista del *rescissorium*, credo si possa dubitare del ricorso all'*actio empti* in funzione «invalidante» il contratto stesso, come affermano, sebbene non perentoriamente, gli stessi *Imp. Diocl. et Maxim.* in C. 4, 49, 6 (*Venditi actio, si non ab initio aliud convenit, non facile ad rescindendam perfectam venditionem, sed ad pretium exigendum competit*). Ritengo che si debba, invece, accordare alla terminologia generica – più attenta a descrivere il meccanismo «restitutorio» che il giudice deve seguire, che tesa a coglierne concettualmente il significato rispetto al contratto concluso⁷⁹ – il senso di una

⁷⁵ *Julianus ait iudicium redhibitoriae actionis utrumque, id est venditorem et emptorem, quodammodo in integrum restituere debere*

⁷⁶ Giusto accentuare la incongruenza di un'*auctoritas iudicis* col processo formulare, nel quale si parla, al contrario, di *arbitrium* e di *officium* del giudice, sebbene le conseguenze che si possono trarre da tale notazione non necessitano soluzioni di critica del testo; così, invece, R. DEKKERS, *La lésion énorme* cit., 25.

⁷⁷ Sul rischio insito nell'accentuazione di una netta cesura storica in materia di *restitutio in integrum* tra *ordo iudiciorum privatorum* e *cognitio extra ordinem*, vd. R. ORESTANO, *Plus petitio e in integrum restitutio* cit., 240–242; con ampi approfondimenti L. RAGGI, *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem* cit., 117 ss.; 157 ss. e le considerazioni finali 381 ss.; G. CERVENCA, *Studi vari sulla restitutio in integrum* cit., 61 ss.; N. PALAZZOLO, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali* cit., 177 ss.

⁷⁸ Sulla sostituzione di fatto del *princeps* al *praetor* nella determinazione delle *aliae iustae causae* di *in integrum restitutio* in base alla *clausula generalis* di D. 4, 6, 1, 1 pone l'accento, riguardo a D.43, 19, 1, 9, G. CERVENCA, *Osservazioni sui rapporti fra il praetor e la cancelleria imperiale in tema di restitutio in integrum*, in *Studi in onore di E. Betti*, II, 1962, 219 ss.; IDEM, *Studi vari sulla restitutio in integrum* cit., 66 ss.

⁷⁹ Così ad es. in relazione a *rescindere* M. KASER, *Zur in integrum restitutio* cit., 107–108; e più ampiamente L. RAGGI, *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem* cit., 281 ss.; si veda comunque già F. HELLMANN, *Zur Terminologie der römischen Rechtsquellen in der Lehre von der Unwirksamkeit der juristischen Tatsachen*, in *ZSS*.24, 1903, 50 ss., in particolare le

difficoltà, quella di inquadrare «mediante schemi tradizionali questi casi di rescissione disposta a mezzo di rescritti».⁸⁰

Dal punto di vista delle conseguenze sostanziali del meccanismo «restitutorio» sul contratto concluso, mi sembra che, al di là di rilievi terminologici, che peraltro acquisiscono invece importanza in rapporto all'*interpretatio* ermogeniana del 293 (*ne habeatur rata venditio... ad rescindendam venditionem... neque bonam fidem... neque ulla rationem concedere rescindi...*C. 4, 44, 8), si può inserire il rescritto del 285 entro quel fenomeno che investe – mettendola in crisi – la concezione di «invalidità» evocata dalla *restitutio in integrum* pretoria. Mentre in quest'ultima l'aggressione all'atto opera attraverso un «salto all'indietro»,⁸¹ concretizzandosi nel *rescissorium* in un'*actio* con formula *ficticia* nella quale il pretore ordina al *iudex unus* di giudicare fingendo che l'atto non sia mai stato compiuto, nel nuovo modello imperiale si determina una scissione, che grande importanza avrà poi nella tradizione giuridica successiva in materia di «invalidità» del contratto, fino alla individuazione pandettistica di una categoria unitaria della «annullabilità» del negozio giuridico.⁸² quella tra momento di individuazione dell'*an* della *restitutio* (vuoi in base a presupposti generali fissati nell'editto vuoi per casi concreti) e poi degli strumenti più consoni alla sua effettiva realizzazione nel processo, che determinava la possibilità per la parte in favore della quale la *restitutio in integrum* fosse stata riconosciuta di ottenere un'azione (*rescissoria*) con formula *ficticia* adeguata a permettere al giudice privato di giudicare la situazione presente fingendo appunto che l'atto non fosse mai stato compiuto. Questi due momenti trovavano nell'*ordo* espressione

conclusioni sul verbo a p.104; importante anche L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, I, Leipzig, 1908 [rist. Aalen 1994], 239 ed in generale sull'invalidità 236 ss.

⁸⁰ Mutuo qui quanto M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale* cit., II, 587 ss. e 592 n.383 i.f., nota riguardo ad ipotesi di «rescissione» della vendita in altri rescritti diocleziani; anche G. CERVENCA, *Studi vari sulla «restitutio in integrum»* cit., 125, accentua, nella cancelleria imperiale di questi anni, la ricerca «attraverso una terminologia nuova... di dare un formale riconoscimento alla trasformazione sostanziale verificatasi nell'ambito della *restitutio in integrum*». La tesi del ricorso all'*actio venditi* con finalità «invalidanti» è stata sostenuta di recente dalla SCIUTO, *Sulla c.d. rescissione per lesione enorme* cit., 431, che però non si accorge che una generalizzata costruzione dell'istituto come contrario alla *fides bona* (difficilmente dimostrabile peraltro prima del rescritto del 293), ne avrebbe semmai condizionato *ipso iure* gli effetti in termini di nullità, più che di annullabilità, data la natura *bonae fidei* del *iudicium venditi*.

⁸¹ Così, secondo la nota ricostruzione del RAGGI, *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem* cit., 267 ss., il quale accentua peraltro come proprio la configurazione imperiale della *restitutio in integrum* venga a porre in crisi, sebbene non necessariamente introducendo un'idea di «annullabilità», la «configurazione pretoria della *r.i.i.*» che «rappresenta lo strumento concettuale tipico di un orizzonte mentale cui è ancora sconosciuta l'idea di annullabilità». Sul punto, peraltro, in relazione al concetto, se esistente, di «nullità» o di «annullabilità» sotteso al *rescindere*, la posizione prudente di KASER, *Zur in integrum restitutio* cit., 107–108.

⁸² Sul rapporto tra categoria del «negozio giuridico» e «dimensione storica», mi si permetta di rimandare a quanto ho osservato in *Brevi note sul nuovo Codice civile del Brasile*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 16, 2003, 217–227.

unitaria nel *ius dicere* del magistrato *cum imperio* preposto alla *iurisdictio*,⁸³ a cui la futura valutazione giudiziale sarebbe stata vincolata, coerentemente al fondamento repubblicano di produzione del *ius*. Il modello imperiale, al contrario, evocato anche dal rescritto diocleziano del 285 d.C., conserva al titolare dell'*imperium* (in particolare al *princeps*) solo il momento di individuazione dell'*an*, momento che trova espressione in provvedimenti che, se esprimono un legame di continuità con la concessione pretoria *causa cognita* di *restitutiones in integrum*, dimostrano poi *in re ipsa* ampie potenzialità generalizzanti, acquisendo una maggiore generalità normativa. Mentre sposta sul piano del giudizio, ormai guidato per l'intero suo svolgimento da un giudice – funzionario imperiale, lo strumentario più idoneo a realizzare nella sostanza la «rescissione» del contratto,⁸⁴ che viene direttamente aggredito senza necessità di fingere una sua 'non' esistenza.⁸⁵

Un ultimo punto merita a riguardo di essere affrontato. Se infatti la «invalidazione restitutoria» prevista nel rescritto del 285 d.C. (C. 4, 44, 2) si dimostra perfettamente coerente alla innovazione equitativa che esso realizza, ponendosi quasi in chiave di continuità con le ipotesi di *restitutio* pretoria, entro però le nuove strutture processuali e coerentemente all'accentramento imperiale della produzione del *ius*, la conservazione di essa entro un panorama concettuale come quello che si evidenzia nella sua *interpretatio* da parte di Ermogeniano nel rescritto diocleziano del 293 (C. 4, 44, 8), materializza una qualche tensione. Una volta, infatti, che si riposizioni l'innovazione entro i principi classici che reggono il contratto di compravendita, ed in primis quello di *bona fides*, le conseguenze che se ne potevano trarre sul piano del contratto avrebbero dovuto portare a valutare il contratto «nullo» *ipso iure*, data appunto la natura *bonae fidei* dell'*actio venditi*. Di ciò, però, non sembra restare traccia nel rescritto del 293.

8. *Modello romano e sua fortuna nel processo di codificazione* – Utilizzando una chiave di lettura del fenomeno avanzata in dottrina, in base alla quale «la fissazione di un limite quantitativo legale riduce considerevolmente il potere di apprezzamento dei giudici»,⁸⁶ direi che questa chiave interpretativa, se connessa

⁸³ Sul punto ritengo fondamentali in termini di ripulitura concettuale del nostro modo di rappresentarci il significato del *ius dicere* del pretore, gli approfondimenti di F. GALLO, *Un nuovo approccio per lo studio del ius honorarium*, in SDHI. 62, 1996... [= IDEM, *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto. Corso di diritto romano*, Torino, 1997, 53 ss.], all'interno di un riesame critico della tesi attualmente dominante in materia.

⁸⁴ La differenza, espressa lucidamente da G. I. LUZZATTO, *In tema di origine del processo extra ordinem* cit., 715 e n.139-140, non può risolversi nel fenomeno di «contaminazione di funzioni» ipotizzato dal Kupisch (vd. *supra* n. 74), perché esprime una profonda trasformazione del rapporto tra *ius* in accezione oggettiva e suo momento dinamico d'attuazione.

⁸⁵ A riguardo si vd. L. RAGGI, *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem* cit., 242 ss. in relazione alla differenza tra modello «restitutorio» e principio di nullità.

⁸⁶ F. TERRÉ – PH. SIMLER – Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Paris, 1993⁵, 228.

al processo di «generalizzazione» di cui il rescritto è stato oggetto nel quadro storico sopra abbozzato, è adeguata forse a capire, al di là dell'esito negli evi medio e moderno, le ragioni della migliore fortuna che la cd. *laesio ultra dimidium* ha goduto nel processo di codificazione, a differenza di altri istituti che subiscono nello stesso torno di anni avverse vicende.⁸⁷

Essa infatti mal si concilia con ideologie sottese a larga parte del processo di codificazione a matrice giusnaturalista e mina fortemente, se sancita in chiave oggettiva, anche la sicurezza dei traffici commerciali cara al diritto privato di stampo pandettistico poi confluito nel BGB. Non è casuale che essa trovi quindi nella prima fase del processo di codificazione ridimensionamenti ed anche *interpretationes* che tendano a svalutarne la natura autonoma rispetto ai vizi della volontà. Solo la penetrazione nel XX secolo con maggiore forza di istanze sociali nel sistema costruito dalla pandettistica,⁸⁸ che nell'astrazione e nella *Isolierung* cela anche scelte di valore,⁸⁹ ha riportato l'istituto nei codici nella sua forma più schiettamente oggettiva.⁹⁰

Ritengo che proprio la riflessione sul processo storico di «generalizzazione» che ha investito il precetto statuito nel 285 rispetto al concreto caso di Aurelio Lupo, se posta in relazione col più ampio fenomeno del normale circuito di concretizzazione dell'ordinamento, evidenzi come tale «generalizzazione» abbia avuto ragioni concorrenti ma diverse a seconda dell'esperienze giuridiche interessate.

Essa risponde al cambiamento che si realizza nel circuito di concretizzazione del *ius* nell'età epiclassica e postclassica a Roma (dal modello aperto «*ius controversum* giurisprudenziale – giudice»,⁹¹ al modello chiuso «*ius* accentrato nell'imperatore coadiuvato dai giuristi – giudice funzionario imperiale»), incidendo sulla tematica del *pretium minus* nelle *venditiones* di fondi con un criterio quantitativo eteronomo rispetto al momento di valutazione giudiziale. La idoneità del precetto concreto (il rescritto diretto ad Aurelio

⁸⁷ Ad es. rispetto ai diversi esiti della *clausula rebus sic stantibus* vd. il mio, *Sopravvenienza e pericoli contrattuali*, in AA.VV., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, Napoli, 2003, 1 ss., in particolare 9 ss.

⁸⁸ Sul punto vd. ora T. REPGEN, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts. Eine Grundfrage in Wissenschaft und Kodifikation am Ende des 19. Jahrhunderts*, Tübingen, 2001.

⁸⁹ Vd., esattamente, V. BUONOCORE, *Etica dell'imprenditore e abuso del diritto: a proposito dell'attualità di un libro edito sessant'anni fa*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, IV.3, Milano, 1998, 19 ss., in particolare 46 ss.

⁹⁰ Così, secondo una parte della dottrina, in Italia nel Codice civile del 1942 in base all'art. 1448 in termini di «vizio della causa»: vd. ad es. F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli rist. 1986⁹, 184 ss.; G. MIRABELLI, *La rescissione del contratto* cit., 107 ss.; per una maggiore consapevolezza delle radici storiche del modello codificato nell'art. 1448 del Codice civile del 1942 O. T. SCOZZAFAVA, *Il problema dell'adequazione negli scambi e la rescissione del contratto per lesione*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.* XXXII, 1978, 309 ss.

⁹¹ Su cui vd. la sottolineatura in termini di «sistema aperto» di M. TALAMANCA, *Il Corpus iuris giustiniano fra il diritto romano e il diritto vigente*, in AA. VV., *Strutture e forme di tutela contrattuale*, a cura di V. MANNINO, Padova, 2004, 1 ss., in particolare 5–9.

Lupo) a subire un processo di «generalizzazione» non è dipesa, allora, esclusivamente da fattori storici esterni (come appunto la sua inclusione nel *codex Gregorianus* e, poi, nel *Codex Iustinianus*), ma vi hanno concorso anche elementi interni al precetto stesso.

In un circuito di concretizzazione del *ius* in base ad una ideologia legalistica e formale (diritto-legge – giudice che solo applica la legge), come quello che caratterizza il processo moderno di codificazione, il criterio eteronomo autoritativo dell'*ultra dimidium* si presta ad impedire o comunque a mitigare letture dell'istituto come potenziale apertura dell'ordinamento stesso all'arbitrio giudiziale.⁹²

RICCARDO CARDILLI

MEGJEGYZÉSEK A PÓSZTKLASSZIKUS LEGES ÉS INTERPRETATIO VISZONYÁHOZ:

IMPP. DIOCL. ET MAXIM. C 4,44,2 ÉS C 4,44,8 MARGÓJÁRA

(Összefoglalás)

A tanulmány két posztklasszikus császári rendelet keletkezési körülményeivel foglalkozik a gazdasági és történelmi háttér széleskörű feltárásával. A két rendelet a *Codex Iustinianus repetitae praelectionis* szövegezésében maradt ránk, de valószínűleg a *Codex Gregorianus* (Kr. u. 291-292) illetve a *Codex Hermogenianus* (Kr. u. 295) volt a kompilátorok forrása. A modern romanisztikai irodalomban sok vita folyt az idézett két rendelet értelmezéséről és egymáshoz való viszonyáról; ehhez járul hozzá a szerző új koncepciójával.

C 4,44,2 Diocletianus rendelete, amit 285 október 28-án bocsátott ki a császári kancellária. Honoré és Liebs kutatásai alapján feltehető, hogy szerzője a magister libellorum Gregorius volt. A szöveg egy *libellus*ra, magánszemély által a császárhoz intézett jogi kérdést tartalmazó levélre válaszol. Bizonyos Aurelius Lupus előadta, hogy az apja ingatlanukat eladta, de annak vételára méltánytalanul alacsony. A *responsum a res maioris pretii – minoris pretii* körülírást használja, amelynek orvoslása a szöveg végén említett *verum pretium*. Az indoklás kifejezetten a méltányosságra épül (*humanum est*) és a filozófiai alappal bíró *dimidia pars* tanával érvel.

⁹² Preoccupazione solitamente espressa ogniqualvolta si tratti di rimettere al giudice una *Vertragskorrektur*, vista negli ordinamenti a diritto codificato come una «nicht akzeptable Einbuße an Rechtssicherheit»; R. ZIMMERMANN, *Richterliches Moderationsrecht* cit., 186.

A romanisztikában *laesio enormis* néven ismert jogintézményről van szó, amelyet a rákövetkező években rekonstruálhatóan több császári rendelet még finomít. A fokozatos jogfejlődés záróköve C 4,44,8, amely 293. december 1-én az *interpretatio autentica*-t teszi közzé.

ROBERTO FIORI

Le formule dell'*actio iniuriarum*

1. La ricostruzione della formula dell'*actio iniuriarum* non ha sollevato particolari discussioni in dottrina. La ragione di questa sostanziale concordia è dovuta alle testimonianze di Gaio e Paolo,¹ che garantiscono la presenza, nella formula, di una *demonstratio*² cui doveva seguire direttamente – superate le ipotesi di una *intentio in factum*³ – una *condemnatio incerta* al *bonum aequum*,⁴ che per il Lenel avrebbe avuto valore di *intentio*.⁵

Occorre tuttavia rilevare che la dottrina ha un po' troppo velocemente esteso questo dato – che per il principato deve assumersi come certo – anche all'epoca repubblicana, senza porsi minimamente il problema della storia della formula, anche in connessione con gli sviluppi complessivi del delitto di *iniuria*. Sarebbe stato invece opportuno almeno verificare la possibilità che la formula così come conservata dai giuristi classici non sia altro che un punto di arrivo.

In questo senso, l'unica eccezione può essere rintracciata nell'ipotesi di Ferdinand Kniep, accolta e ampliata da Ulrich von Lübtow,⁶ di due distinte formule originarie per l'*actio iniuriarum aestimatoria*. La prima con finalità meramente estimatorie, costruita con una *demonstratio* e senza clausola

¹ Gai. 4, 60: ... *aut si is, cui pugno mala percussa est, in actione iniuriarum etiam aliam partem corporis percussam sibi demonstraverit* ...; Paul. *de iniur.* Coll. 2, 6, 5: ... *sic enim et formula concepta est: QUOD NUMERIUS NEGIDIUS ILLI LIBELLUM MISIT AULO AGERIO INFAMANDI CAUSA.*

² Cfr. O. LENEL, *Das edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³, Leipzig 1927, 399.

³ Su cui cfr. per tutti G. PUGLIESE, *Studi sull'iniuria*, Milano 1940, 84 ss. Continuano a parlare di *formula in factum* J. SANTA CRUZ TEJEIRO – A. D'ORS, *A propósito de los edictos especiales de iniuriis*, in «AHDE» 49 (1979) 653 ss.

⁴ Non è questa la sede per discutere la proposta di A. GUARINO, *Actiones in aequum conceptae*, in «Labeo» 8 (1962) 7 ss. (sostanzialmente seguito da J. PARICIO, *Estudio sobre las acciones in aequum conceptae*, Milano 1986, 11 ss.), di espungere il riferimento al *bonum* dalla formula editale: mi limito a far riferimento la ricostruzione del Lenel.

⁵ LENEL, *Das edictum perpetuum*³, cit., 399.

⁶ F. KNIEP, *Gai institutionum commentarius tertius*, §§ 88–225 (*Obligationenrecht*), Jena 1917, 587 ss.; U. VON LÜBTOW, *Zum römisches Injurienrecht*, in «Labeo» 15 (1969) 131 ss.

assolutoria, che si indirizzava ai *recuperatores*.⁷ La seconda, diretta all'*an* della pretesa, costruita con una *intentio in factum* e clausola assolutoria, che si rivolgeva invece al *iudex unus*.⁸ Ad un certo momento, il pretore avrebbe ritenuto eccessivi due procedimenti e avrebbe provveduto ad unificarli, sostituendo le due formule con un programma unitario costituito da una formula con *demonstratio* con l'aggiunta dell'*absolutio*. E le formule degli editti speciali sarebbero state costruite ad imitazione di questa formula unitaria.

Si tratta di una spiegazione suggestiva, che ha il merito di porre in crisi un postulato non sufficientemente dimostrato, ma che lascia aperti alcuni interrogativi.

Perché in questo procedimento formulare, e non in altri, il giudice (unico) dell'*an* non poteva decidere sul *quantum*? È ipotizzabile che, nelle *legis actiones*, al procedimento di cognizione seguisse un *arbitrium liti aestimandae*; ma per quel che ne sappiamo il giudice formulare non aveva – e, a ben vedere, non poteva avere – le medesime limitazioni del suo predecessore rispetto alla possibilità di compiere la stima ai fini della condanna⁹.

Non solo. Poiché l'aggiunta della clausola assolutoria non è una peculiarità dell'*actio iniuriarum*, ma è una vicenda comune a tutte le formule con *demonstratio*,¹⁰ l'ipotesi di una duplicità di formule 'integrate' dovrebbe riferirsi anche a queste ultime, o almeno confrontarsi con la loro storia – il che rende assai difficile immaginare le ragioni che avrebbero dovuto indurre al raddoppiamento dei procedimenti.

In realtà, la vicenda storica della formula dell'*actio iniuriarum* deve essere studiata tenendo conto di almeno due fattori: da un lato, la storia complessiva delle formule con *demonstratio*; dall'altro, l'evoluzione sostanziale del delitto di *iniuria*.

2. Il primo problema ha ricevuto nel tempo soluzioni alquanto diversificate.

Com'è noto, Vincenzo Arangio-Ruiz ha per primo rilevato la strana anomalia di una formula in cui si dà inizialmente per accertato un fatto

⁷ Riporto per brevità la sola ricostruzione del VON LÜBTOW, *Zum römischen Injurienrecht*, cit., 142: *quod a N° N° A° A° pugno mala percussa est, qua de re agitur, quantam pecuniam recuperatoribus bonum aequum videbitur, tantam pecuniam aestimanto*.

⁸ Riporto ancora la sola ricostruzione del VON LÜBTOW, *Zum römischen Injurienrecht*, cit., 142: *si paret a N° N° A° A° pugno mala percussa esse, quanti recuperatores iniuriam aestimaverint, tantam pecuniam, si non plus quam annus est, cum de ea re experiundi potestas fuit, iudex N° N° A° A° condemnato, si non paret absolutio*.

⁹ Il giudice delle *legis actiones* si limita ad 'indicare il *ius*' (*iudicare*), con una pronuncia meramente dichiarativa: ma poiché il procedimento di esecuzione richiede la liquidazione in denaro, è necessario un successivo procedimento di stima. Invece il giudice delle *formulae* non si pronuncia sul *ius*, ma conferma l'auto-condanna pronunciata dal debitore nella *litis contestatio* (*condemnare*) di pagare una somma – determinata dallo stesso giudice – in caso di sconfitta. Su tutto ciò cfr. R. FIORI, *Ea res agatur. I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano 2003, 67 ss., 121 ss.

¹⁰ Cfr. *infra*, § 2.

(contenuto nella *demonstratio*: 'poiché Aulo Agerio ha comprato ...') la cui verifica viene successivamente rimessa alla cognizione del giudice ('se non sembra ...'), ed ha ipotizzato che in origine le formule con *demonstratio* non terminassero con la clausola assolutoria. Inizialmente, infatti, esse avrebbero tutelato solo fattispecie incontroverse rispetto all'*an*, rispetto alle quali il giudice doveva decidere solo sul *quantum*. Poi, dopo una fase di uso 'abusivo' della funzione di stima, estesa anche alla decisione sull'*an*, sarebbe stato aggiunto il *si non paret absolvido*.¹¹

A questa impostazione ha reagito il Betti, che ha contestato in radice l'esistenza di una anomalia strutturale: le formule con *demonstratio* discenderebbero da antiche *formulae in factum* costruite al *si paret ... si non paret*, precedute da una *praescriptio pro actore* che avrebbe contenuto il fatto originante la pretesa dell'attore; il *si (quid) paret* si sarebbe trasformato nel *quidquid* dell'*intentio*, e l'*ea res agatur quod* della *praescriptio* nel *quod* della *demonstratio*. In altri termini, per il Betti vi sarebbe stata un'alternativa anche nelle formule con *demonstratio*: solo, espressa in forme diverse da quelle usuali.¹²

¹¹ V. ARANGIO-RUIZ, *Le formule con demonstratio e la loro origine*, in «Studi Cagliari» 4 (1912) = *Rariora*, Roma 1946 = *Scritti di diritto romano*, I, Napoli 1974, 321 ss. La proposta dell'Arangio-Ruiz ha avuto largo consenso: cfr. A. BISCARDI, *La litis contestatio nell'ordo iudiciorum* (Lezioni di diritto romano), Siena 1953, 60 ss.; ID., *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino 1968, 128 s.; G. BROGGINI, *Iudex arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Köln-Graz 1957, 105 nt. 43, 154 nt. 109, 102, 229; L. LOMBARDI, *Dalla fides alla bona fides*, Milano 1961, 183 ss.; B. SCHMIDLIN, *Das Rekuperatorenverfahren. Eine Studie zum römischen Prozeß*, Freiburg 1963, 41 ss.; F. WIEACKER, *Zum Ursprung der bonae fidei iudicia*, in «ZSS» 80 (1963) 36; L. AMIRANTE, *L'origine dei contratti di buona fede*, in AA.VV., *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano*, I, Milano 1988, 85 ss.; V. MAROTTA, *Tutela dello scambio e commerci mediterranei in età arcaica e repubblicana*, in «Ostraka» 5.1 (1996) 98 ss.; B. BISCOTTI, *Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'editto giuliano*, Milano 2002, 324 s.

¹² E. BETTI, *Su la formula del processo civile romano*, in «Il Filangieri», 1914, 37 ss. (estr.). Cfr. anche ID., *L'antitesi storica tra iudicare (pronuntiatio) e damnare (condemnatio) nello svolgimento del processo romano (Con un tentativo di ricostruzione delle formulae delle actiones ex delicto)*, in «RISQ» 56 (1915) 70 e nt. 1. Alla proposta del Betti è molto vicina la ricostruzione di W. SELB, *Formeln mit unbestimmter intentio iuris. Studien zum Formelaufbau*, I, Wien-Köln-Graz 1974, 9 ss. Hanno cercato variamente di ridimensionare le osservazioni dell'Arangio-Ruiz anche E. SCHÖNBAUER, *Vom Wesen der iudicia arbitraria*, in *Studi S. Riccobono*, II, Palermo 1936, 375; Fr. SCHULZ, *Geschichte der römische Rechtswissenschaft*, Weimar 1961, 332; M. KASER, *Nachbemerkungen a Zum Ediktstil*, in *Ausgewählte Schriften*, I, Napoli 1976, 259; ID., *Formeln mit intentio incerta, actio ex stipulatu und condictio*, in «Labeo» 22 (1976) 10; M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², München 1996, 314 nt. 19 (cfr. però M. KASER, in «ZSS» 81 [1964] 381 ss., spec. 383, e ID., *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1966, 240, ove l'a. ammetteva che l'alternativa *quidquid ... si non paret* non fosse «streng logisch», e che la formula potesse terminare con un '*condemnato*': egli pensava, però, che già da tempo doveva essersi ammesso che il giudice potesse pronunciarsi sulle questioni controverse condannando il convenuto ad una somma pari a zero; e che le inorganiche parole finali siano state

Ho cercato di dimostrare altrove¹³ che l'anomalia strutturale intravista dall'Arangio-Ruiz deve essere data per sicura: non solo i singoli passaggi ipotizzati dal Betti suscitano molte perplessità, ma sfuggono le ragioni complessive della trasformazione. Ciò che invece deve essere posto in dubbio è il percorso immaginato dall'Arangio-Ruiz: in particolare, l'idea che le formule con *demonstratio* fossero in origine utilizzate solo per rapporti incontrovertibili¹⁴ e che ad un certo momento il pretore ne abbia autorizzato l'impiego 'abusivo' ai fini di una piena cognizione. Mi è sembrato, al riguardo, che la difficoltà sia superabile immaginando che le formule con *demonstratio* siano lo sviluppo di originarie formule confessorie, rese 'controversiali' mediante l'inserimento – fuori e prima della formula – di una *praescriptio pro reo*. Quest'ultima, condizionando l'*agere* all'accertamento dei fatti allegati dal convenuto, avrebbe consentito – se fondata – una sostanziale assoluzione del *reus* anche in assenza della clausola dell'*absolutio*. E invece, se infondata, essendo 'fuori' dalla formula, non avrebbe modificato la veste confessoria della *demonstratio*, con l'effetto di basare la *condemnatio* non su una *iudicatio*, bensì su una (sostanzialmente fittizia, ma formalmente intatta) *confessio*. Quest'ultima, in caso di *actio civilis*, avrebbe permesso – a differenza di quanto avviene nei processi instaurati con formule al *si paret ... si non paret*, nei quali la *condemnatio* è quantificazione del vincolo processuale assunto nella *litis contestatio*, ed a quest'ultimo si riferisce anche l'esecuzione – l'esecuzione direttamente sul diritto dell'attore, ossia su un rapporto di *ius civile*: cosicché il processo instaurato mediante formule con *demonstratio* avrebbe avuto effetti civili anche in epoca pre-ebuzia.¹⁵

Ma al di là della soluzione che di questo problema si preferisca accogliere, l'appartenenza dell'*actio iniuriarum* alle formule con *demonstratio* pone una difficoltà che non mi sembra sia stata sinora sufficientemente considerata: e cioè che queste ultime tutelano sempre *actiones civiles*,¹⁶ con l'unica parziale eccezione dell'*actio iniuriarum*.¹⁷

successivamente aggiunte per chiarire questo potere del giudice); D. DAUBE, *Forms of Roman Legislation*, Oxford 1956, 35; B. KUPISCH, in «ZSS» 93 (1976) 449; B. SCHMIDLIN, *La fonction de la demonstratio dans les actions de bonne foi*, in *Studi C. Sanfilippo*, V, Milano 1984, 715 s.

¹³ FIORI, *Ea res agatur*, cit., 11 ss.

¹⁴ E, infatti, questo è stato uno dei profili maggiormente criticati della sua ricostruzione: cfr. KOSCHAKER, in «ZSS» 34 (1913), cit., 435 s.; SELB, *Formeln mit unbestimmter intentio iuris*, cit., 36 ss.; KASER, *Formeln mit intentio incerta*, cit., 8; SCHMIDLIN, *La fonction de la demonstratio*, cit., 715.

¹⁵ FIORI, *Ea res agatur*, cit., *passim*, e spec. 195 ss.

¹⁶ FIORI, *Ea res agatur*, cit., 216 ss.

¹⁷ E delle formule confessorie 'pure' relative ad azioni pretorie: cfr. FIORI, *Ea res agatur*, cit., 200 ss., 216 ss.

3. Si tratta, appunto, di un'eccezione solo parziale, perché la dottrina più recente tende a riconoscere una duplice natura delle pretese riconducibili al delitto di *iniuria*.

Se la letteratura più antica¹⁸ propendeva per una natura pretoria – sia perché ipotizzava, sulla scorta di Gellio, un *generale edictum de iniuriis*,¹⁹ sia perché in alcune fonti l'*actio* viene definita *honoraria* o *praetoria*²⁰ – tuttavia, proprio a partire dagli scritti dell'Arangio-Ruiz sulle formule con *demonstratio*, si è andata affermando l'idea che con l'*actio iniuriarum* cd. *aestimatoria* l'intervento del pretore sia stato limitato ad una modificazione della tutela civilistica, superando cioè la regola della pena fissa attraverso il criterio del *bonum e aequum*, senza tuttavia 'fondare' una nuova e diversa natura (pretoria) del delitto.²¹

Da un lato, infatti, l'*edictum generale* – della cui esistenza comunque si discute²² – potrebbe essere stato emanato a soli fini estimatori, per estendere all'*iniuria* semplice la procedura che già nelle *legis actiones* era stata introdotta per il *membrum ruptum*, senza però creare nuove figure di delitto ma solo rielaborando quelle già fissate nelle XII tavole.²³

Dall'altro, non bisogna attribuire troppo peso ai testi in cui l'azione è definita onoraria o pretoria: si tratta sempre di casi in cui si vuole contrapporre non il fondamento civilistico a quello onorario, ma la diversa caratterizzazione della medesima figura, una volta in quanto fissata dalla legge (XII tavole e *lex Cornelia de iniuriis*), un'altra in quanto rielaborata dall'editto del pretore.²⁴

¹⁸ Cfr. per tutti gli autori indicati in ARANGIO-RUIZ, *Le formule con demonstratio*, cit., 351 e nt. 1; PUGLIESE, *Studi sull'iniuria*, cit., 81 s.

¹⁹ Gell. 20, 1, 13: *praetores ... iniuriis aestimandis recuperatores se daturos edixerunt*.

²⁰ Paul. *de iniur.* Coll. 2, 5, 4-5; Ulp. 56 ad ed. D. 47, 10, 5, 6.

²¹ ARANGIO-RUIZ, *Le formule con demonstratio*, cit., 350 ss.; cfr. anche PUGLIESE, *Studi sull'iniuria*, cit., 81 ss.; P. B. H. BIRKS, *The Early History of Iniuria*, in «TR» 37 (1969) 196 s. (che, sul punto, parrebbe seguire Pugliese); A. D. MANFREDINI, *Contributi allo studio dell'iniuria in età repubblicana*, Milano 1977, 147 ss.; W. SELB, *Die Formel der Injurienklage*, in «Acta Juridica», 1978, 32 ss. (che parla di azione pretoria, ma nel senso di una innovazione del pretore limitata alla quantificazione); M. TALAMANCA, *Processo civile (diritto romano)*, in «ED», XXXVI, Milano 1987, 44 s. nt. 322; ID., *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 631. La natura pretoria è ancora affermata, in tempi più recenti, da G. BROGGINI, *Iudex arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Köln-Graz 1957, 106 s. nt. 43, secondo il quale l'illecito civile non avrebbe potuto portare che alle conseguenze di legge; e da D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*², Padova 1999, 74 ss.

²² La nega ad es. MANFREDINI, *Contributi*, cit., 147 ss.; ID., *Quod edictum autem praetorum de aestimandis iniuriis*, in AA.VV., *Illecito e pena privata in età repubblicana* (Atti Copanello 1990), Napoli 1992, 65 ss.; uno sguardo d'insieme sulla dottrina in M. HAGEMANN, *Iniuria. Von den XII-Tafeln bis zur Justinianischen Kodifikation*, Köln-Weimar-Wien 1998, 52 ss.

²³ PUGLIESE, *Studi sull'iniuria*, cit., 100 ss.

²⁴ Così ancora PUGLIESE, *Studi sull'iniuria*, cit., 106 ss.

Al contrario, un dato alquanto significativo è l'assenza di una clausola edittale – indizio certo della natura civilistica dell'azione²⁵ – per la sola *actio iniuriarum* cd. *aestimatoria*. Per le fattispecie del *convicium*, dell'*adtemptata pudicitia*, del *ne quid infamandi causa fiat*, ecc.,²⁶ abbiamo invece testimonianze di un *iudicium dabo* pretorio. E non a caso: queste figure sono assenti nel delitto decemvirale, e costituiscono una pura creazione della tutela magistratuale, rientrando pienamente nel *ius honorarium*.²⁷ Rispetto ad esse l'intervento pretorio non si è legato solo ad una modifica del *quantum*, ma ha fondato in senso proprio la tutela.

Ora, posta questa duplice natura del delitto di *iniuria*, e considerato che le formule con *demonstratio* parrebbero legarsi sempre a pretese civilistiche, possiamo davvero ritenere – con l'unanime dottrina²⁸ – che anche le figure pretorie siano sempre state tutelate dalla formula classica?

4. Un elemento di riflessione in questo senso potrebbe provenire da un passo della *Rhetorica ad Herennium*:

Rhet. ad Her. 2, 19: *C. Caelius iudex absolvit iniuriarum eum, qui Lucilium poetam in scaena nominatim laeserat, P. Mucius eum, qui L. Accium poetam nominaverat, condemnnavit.*

La notizia riguarda i processi intentati dai poeti Accio e Lucilio per essere stati *laesi nominatim in scaena*. La datazione è discussa e difficile da stabilire, ma possiamo senz'altro indirizzarci verso la seconda metà del II sec. a.C.²⁹ Il testo pone almeno due problemi.

Innanzitutto, noi sappiamo che rispetto all'*actio iniuriarum* cd. *aestimatoria*, almeno per tutta l'età repubblicana, il procedimento coinvolgeva il collegio dei *recuperatores*,³⁰ successivamente sostituito – nelle fonti della giurisprudenza classica – dal *iudex unus*.³¹ Non a torto, la presenza dei

²⁵ Con l'apparente eccezione delle azioni utili e fittizie e delle azioni precedute da interdetto: cfr. P. DE FRANCISCI, *Iudicia bonae fidei. Editti e formulae in factum*, in «Studi senesi» 24 (1906) 366 ss. e spec. 371 s. Al contrario, non ritengo che la sua presenza sia necessario indice di natura pretoria, come affermava M. WLASSAK, *Zur Geschichte der negotiorum gestio*, Jena 1879, 16; ID., *Edict und Klageform: eine romanistische Studie*, Jena 1882, 6 ss., seguito da LENEL, *Das edictum perpetuum*³, cit., 102 (cfr. 339): cfr. R. FIORI, *Ius civile, ius gentium, ius honorarium: il problema della «recezione» dei iudicia bonae fidei*, in corso di pubblicazione in «BIDR» 101-102 (1998-1999) § 5.

²⁶ LENEL, *Das edictum perpetuum*³, cit., 400 ss.

²⁷ Cfr. PUGLIESE, *Studi sull'iniuria*, cit., 112 ss.

²⁸ Come si è detto *supra*, § 1, lo Knip ed il von Lübtow ipotizzano una duplicità di clausole tutta interna all'*actio iniuriarum aestimatoria*, immaginando che le formule degli editti speciali siano state costruite sulla formula unitaria.

²⁹ Cfr. FIORI, *Ea res agatur*, cit., 49 e nt. 145.

³⁰ Cfr. per tutti SCHMIDLIN, *Das Rekuperatorenverfahren*, cit., 29 ss.; KASER – HACKL, *Zivilprozessrecht*², cit., 200 e nt. 64.

³¹ Sul problema, cfr. per tutti P. F. GIRARD, *Les jurés de l'action d'injures*, in *Mélanges Gérardin*, Paris 1907, 275 ss.

recuperatores è stata spiegata con il compito (almeno formalmente) estimatorio del giudice nei procedimenti relativi ad ipotesi di *iniuria* di derivazione decemvirale:³² ciò si lega con la natura dell'intervento pretorio che, come si è detto, non ha fondato sul proprio *imperium* la tutela, ma ha semplicemente modificato il criterio di quantificazione dei delitti del *ius civile*. Di qui la definizione – creata dalla dottrina moderna – di *actio iniuriarum aestimatoria*. Il passo della *Rhetorica* invece testimonia – rispetto al *convicium*,³³ ma non vi sono motivi per distinguere questa fattispecie dalle altre figure 'pretorie' – la presenza del *iudex unus* già in epoca repubblicana.

In secondo luogo, nel brano si parla di *absolutio* di uno dei convenuti: si testimonia cioè – a meno di non voler pensare ad un valore atecnico dell'opposizione *absolvere* ~ *condemnare* contenuta nel passo – la presenza, nella formula, del *si non paret absolvido*. Ora, come si ricorderà, abbiamo rilevato (§ 2) che la teoria dell'Arangio-Ruiz di una originaria assenza della clausola dell'*absolutio* nelle formule con *demonstratio* non può non essere accolta. Non solo, ma è bene ricordare che lo studioso napoletano aveva notato un'iscrizione greca della prima metà del II sec. a.C., relativa ad *iniuriae* internazionali, in cui il senato romano fissa i criteri del giudizio attingendo con ogni probabilità al modello della formula dell'*actio iniuriarum* — come dimostra il rinvio al paramentro del $\kappa\alpha\lambda\upsilon\eta\kappa\alpha\iota$ d... $\kappa\alpha\iota\omicron\eta\eta$ (*bonum et aequum*). Ebbene, il testo si ferma al *condemnato* (diatimhs£sqw),³⁴ essendo del tutto

³² Ph. E. HUSCHKE, *Gaius. Beiträge zur Kritik und zum Verständniss seiner Institutionen. Mit einer Zugabe über die Klagformeln in der Lex Rubria*, Leipzig 1855, 139; H. F. HIRTZIG, *Injuria. Beiträge zur Geschichte der injuria im griechischen und römischen Recht*, München 1899, 61 ss.; VON LÜBTOW, *Zum römischen Injurienrecht*, cit., 141 (che lo spiega anche in relazione ad un'originaria rilevanza internazionale delle controversie).

³³ Nel quale la dottrina è pressoché unanimemente indirizzata a ricondurre la fattispecie: HUVELIN, *La notion de l'iniuria*, cit., 400 ss.; VON LÜBTOW, *Zum römischen Injurienrecht*, cit., 145; A. WATSON, *The Development of the Praetor's Edict*, in «JRS» 60 (1970) 108 nt. 32; R. WITTMANN, *Die Entwicklungslinien der klassischen Injurienklage*, in «ZSS» 91 (1974) 312 s.; MANFREDINI, *La diffamazione verbale*, cit., 76 ss. Al contrario, ARANGIO-RUIZ, *Le formule con demonstratio*, cit., 357 nt. 1, crede possibile un'applicazione dell'*edictum generale*.

³⁴ Cfr. W. DITTEMBERGER, *Sylloge inscriptionum Graecarum*, II³, Leipzig 1917, 261 ss. (Nr. 679) (la clausola è riportata alla linea 20 dell'iscrizione: *ibid.*, 264, 60 s.). La clausola è contenuta in un'iscrizione che – nel suo complesso – si riferisce ad una controversia territoriale tra le città di Magnesia e Priene, della quale fu investita quale arbitra, da un senatoconsulto, con la mediazione del pretore peregrino, la città di Mylasa. Nello stesso senatoconsulto, il senato invita il pretore Marco Emilio ad investire la comunità di Mylasa anche della questione relativa alle ingiurie che i Prienensi affermano di aver subito da parte dei Magneti, e lo stesso senato fornisce – come si precisa in testo – i criteri di giudizio, mediante una formula che, secondo l'Arangio-Ruiz, sarebbe suonata in latino: *qui de iniuriis iudicabit, si factae sunt a Magnetibus, quantum bonum et aequum videbitur aestimato*. Naturalmente, rileva lo stesso ARANGIO-RUIZ, *Le formule con demonstratio*, cit., 381 s., «che nelle parole riferite non si possa trovare una precisa e letterale riproduzione della formula dell'azione privata, è troppo chiaro», ma d'altra parte – prosegue l'a. – «la frase '*quantum bonum et aequum videbitur*' è certo tolta alla formula del processo civile, e ciò legittima, anche indipendentemente da ogni altra considerazione, la congettura che dalla stessa

assente la clausola dell'assoluzione: solo qualche decennio prima del processo di Lucilio, nella formula dell'*actio iniuriarum (aestimatoria)*, costruita con una *demonstratio*, era dunque assente la clausola dell'*absolutio*.

In altre parole: almeno fino al II sec. a.C., l'*actio iniuriarum* cd. *aestimatoria* parrebbe avere le seguenti caratteristiche:

- ha natura civilistica;
- è rivolta ai *recuperatores*;
- è versata in una formula 'estimatoria', ossia in una formula con *demonstratio* priva della clausola assolutoria.

Il passo della *Rhetorica ad Herennium*, invece, testimonia l'esistenza di un'azione che ha le seguenti peculiarità:

- ha natura pretoria;
- è rivolta a un *iudex unus*;
- è versata in una formula che contiene la clausola assolutoria.

Era anche quest'ultima una formula con *demonstratio*?

Io credo di no. Rispetto alle fattispecie ricomprese nei cd. 'editti speciali', il magistrato non può rinviare al *ius civile*, e la tutela non 'compete', ma discende unicamente dal *iudicium dabo* della clausola edittale. Il pretore, pertanto, deve chiedere al giudice di decidere in virtù della sola situazione di fatto: è verisimile che le formule create dal pretore per le figure 'speciali' siano state originariamente *in factum*. E – per quanto ci è dato sapere – le *formulae in factum* sono tutte costruite sullo schema *si paret ... si non paret*.

Quest'ultima ipotesi spiega, a mio avviso, le differenze riscontrate tra le caratteristiche dell'*actio iniuriarum* cd. *aestimatoria* e le altre azioni 'speciali'. È verisimile, infatti, che in età repubblicana la materia delle *iniuriae* fosse tutelata da due tipi di formula:

a) per l'*actio iniuriarum* cd. *aestimatoria* – che non era basata su un editto, ma 'compete'va in quanto civile – era prevista una formula con *demonstratio* priva di *absolutio*, che indicava come giudice il collegio dei *recuperatores*;

b) per le azioni derivanti dagli editti *de convicio*, *de adtemptata pudicitia*, *ne quid infamandi causa fiat*, ecc., invece, erano previste *formulae in factum* al *si paret ... si non paret* che potevano condurre all'*absolutio* e rinviavano ad un *iudex unus*.

fonte derivi l'imperativo '*aestimato*', e che questo fosse dunque, nel II secolo av. C., l'ordine conclusivo della formula di ingiurie». Si noti che la datazione del senatoconsulto è fissata da J. PARTSCH, *Die Schriftformel im römischen Provinzialprozesse*, Breslau 1905, 51 (inizialmente seguito dall'ARANGIO-RUIZ, *op. ult. cit.*, 381 nt. 2), tra il 190 e il 160 a.C.; da V. ARANGIO-RUIZ, in FIRA, III, 501, al 143 a.C.; da S. AGER, *Interstate Arbitrations in the Greek World*, 337–90 B.C., Berkeley-Los Angeles-London 1996, 321 ss. (cfr. spec. 326 nt. 1) agli anni 175–160 a.C. Le ragioni per cui – a differenza del Patsch e dell'Arangio-Ruiz – tradurrei *diatimhsēs* con *condemnato* sono esposte in FIORI, *Ea res agatur*, cit., 17, 182 (cfr. 101 ss.).

5. Resta a questo punto da spiegare come possa essere nata la formula 'classica' dell'*actio iniuriarum*, costituita da una *demonstratio* seguita da *absolutio* in tutte le ipotesi di *iniuria*.³⁵ A mio avviso, occorre ancora una volta tener conto, da un lato, della storia complessiva delle formule con *demonstratio* e, dall'altro, della vicenda del delitto di *iniuria* sul piano del diritto sostanziale.

Rispetto al primo profilo, è impossibile, per chi scrive, non tener conto della propria complessiva ricostruzione della storia del processo formulare.³⁶ La *lex Aebutia*, statuendo la possibilità di una *litis contestatio* di natura civilistica (*iudicium legitimum*),³⁷ ha permesso una tutela formulare con effetti di *ius civile* per i rapporti appartenenti, sul piano sostanziale, al *ius honorarium*. Ciò ha determinato, a mio avviso, le premesse per il superamento della dicotomia propria del processo formulare repubblicano, ed ha sostanzialmente eliminato ogni necessità di distinzione tra le formule con *demonstratio* e quelle al *si paret*. A partire dall'età augustea, anche alle prime si lega con certezza la clausola dell'*absolutio*, e le due tipologie formulari finiscono sostanzialmente per coincidere.³⁸

Divenuto irrilevante il fondamento dell'azione per la determinazione degli effetti del procedimento, e venuta meno la differenza formulare tra *actiones civiles* (con *demonstratio* senza *absolutio*) e *actiones honorariae* (con *intentio* al *si paret* e *absolutio*), ha avuto inizio, verisimilmente con Labeone, un processo di riconduzione delle diverse figure di *iniuria* ad una medesima nozione.³⁹ Non doveva avere più senso pratico, in questa fase storica, una distinzione tra l'*actio iniuriarum* cd. *aestimatoria* e quelle derivanti dagli editti speciali, e conseguentemente il giurista augusteo la giudica superflua.⁴⁰ Non solo ma, sparita una distinzione formulare e sostanziale, deve aver perso valore anche la diversità procedimentale relativa all'organo giudicante: è dunque alla storia del delitto e della sua tutela, piuttosto che ai compilatori giustinianeî, che si deve attribuire la scomparsa dei *recuperatores* nelle fonti della giurisprudenza classica, sempre sostituiti dal *iudex (unus)*.⁴¹

³⁵ Paul. *de iniur.* Coll. 2, 6, 5 testimonia la *demonstratio* anche per le ipotesi di *ne quid infamandi causa fiat*.

³⁶ Esposta in FIORI, *Ea res agatur*, cit. (cfr., per una sintesi, *supra*, § 2).

³⁷ Come sostenuto da M. WLASSAK, *Römische Prozessgesetze. Ein Beitrag zur Geschichte des Formularverfahrens*, I, Leipzig 1888, spec. 58 ss.; II, Leipzig. 1891, spec. 353 ss. Ma a mio avviso solo rispetto alle formule *in factum*, avendo i processi instaurati mediante formule con *demonstratio* già effetti civili (FIORI, *Ea res agatur*, cit., 223 ss.).

³⁸ Lab. fr. 52 LENEL = Ulp. 13 *ad ed.* D. 4, 8, 3 pr. (*tutela*); Lab. 5 *post. a lav. epit.* D. 19, 2, 60, 4 e *lav. 9 ex post. Lab.* D. 47, 2, 91 pr. (*locatio conductio*). Per quanto detto sinora, appare meno significativo il richiamo all'*absolutio* in Lab. fr. 135 LENEL = Ulp. 57 *ad ed.* D. 47, 10, 15, 39, ove l'*actio iniuriarum* è relativa all'editto *de iniuriis quae servis fiunt*.

³⁹ Cfr. per tutti M. BREONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*², Napoli 1982, 173 ss.

⁴⁰ Cfr. Lab. fr. 134 LENEL = Ulp. 57 (77) *ad ed.* D. 47, 10, 15, 26, su cui, cfr. per tutti BREONE, *Tecniche e ideologie*², cit., 175 s.

⁴¹ Sul problema, cfr. per tutti GIRARD, *Les jurés de l'action d'injures*, cit., 275 ss.

ROBERTO FIORI

AZ ACTIO INIURIARUM FORMULÁI

(Összefoglalás)

Otto Lenel, Ferdinand Kniep, Ulrich von Lübtow és Guiseppe Pugliese foglalkozott az *actio iniuriarum* formulájának rekonstrukciójával. A klasszikus római jogászok közül Gaius (4,60) és Paulus (Coll. 2,6,5) kommentárja informál szűkszavúan a *demonstratio* megfogalmazásáról. Már Vincenzo Arangio-Ruiz felhívta a figyelmet a furcsa felépítésre. A *demonstratio in factum* szövegezését a *si non paret absolvito* kifejezés követi. Emilio Betti egy *praescriptio pro actore* létezése mellett érvel.

A szerző kritizálja a szakirodalmi rekonstrukciós kísérleteket és új javaslatot tesz a probléma megoldására. Tézisét a *Rhetorica ad Herennium* 2,19 fragmentumára építi és a formula fogalmazásában két történeti fázis között foglal állást.

Zur Frage der Passivlegitimation zur *actio de posito vel suspenso*

Über die Frage der Passivlegitimation zur *actio de posito vel suspenso* und die Art der diesbezüglichen Haftung herrscht in der römischrechtlichen Fachliteratur große Uneinigkeit. Obwohl hierüber die Lehrbücher – ja sogar die großen Handbücher – im allgemeinen ein stark vereinfachtes Bild zeigen, begegnet man schon auf der Lehrbücherebene eine bemerkenswerte Deutungsvielfalt. Die Ansichten lassen sich im Grunde genommen in zwei Kategorien einteilen: Während nach Ansicht von einigen Verfassern die Klage gegen den Aushänger (*qui posuit*) vorgesehen wurde, musste sie nach Meinung der anderen Gruppe gegen den Eigentümer bzw. Bewohner (*habitor*)¹ des Gebäudes angestrengt werden.² Auch die Ansichten derjenigen Romanisten, die

¹ Das Wort *habitor* (manchmal *inhabitor*) begegnet auch im quasideliktischen Kontext in den Quellen, siehe Ulp. XXIII *ed.* D. 9, 3, 1, 8f; Paul. XIX *ed.* D. 9, 3, 6, 2; für das Wort *inhabitor* siehe Ulp. XXIII *ed.* D. 9, 3, 5, 12.

² Zu den Vertretern der *qui posuit*-Theorie gehören etwa B. WINDSCHEID [– TH. KIPP]: *Das Lehrbuch des Pandektenrechts*, II, Leipzig 1906⁹, 984⁴, T. VÉCSEY: *A római jog institúciói* (Die Institutionen des römischen Rechts), Budapest 1902⁶, 409, R. SOHM – L. MITTEIS – L. WENGER: *Institutionen. Geschichte und System des römischen Privatrechts*, Berlin 1923¹⁷, 462 und G. PUGLIESE (in collab. F. SITZIA, L. VACCA): *Istituzioni di diritto romano*, Torino 1991³, 610, nach deren Ansicht die Klage gegen den Aushänger angestrengt werden könne. Von den Anhängern der *habitor*-Theorie sind etwa O. KARLOWA: *Römische Rechtsgeschichte*, II, 1357, G. MARTON: *A római magánjog elemeinek tankönyve. Institúciók* (Institutionen des römischen Privatrechts), Debrecen 1943⁵, 257 und R. BRÖSZ – E. PÓLAY: *Római jog* (Römisches Recht), Budapest 1984³, 468 der Ansicht, dass gegen den Hauseigentümer oder den Bewohner geklagt werden könne; nach H. HAUSMANINGER – W. SELB: *Römisches Privatrecht*, Wien–Köln–Weimar 2001⁹, 197 richtete sich die Klage gegen den Gebäudeeigentümer, nach K. SZEMÉLYI: *Római jog* (Römisches Recht), II, Kolozsvár 1941², 127, nach TH. MARKY: *Curso elementar de direito romano*, São Paulo 1995⁸, 137 und nach A. BESSENÝÓ: *Római magánjog* (Römisches Privatrecht), Budapest–Pécs 2003³, 532 aber gegen den Bewohner. Von denjenigen Lehrbuchverfassern, die sich mit dieser Problematik eingehender befassen, vertritt M. TALAMANCA: *Istituzioni di diritto romano*, Milano

das Problem vertieft behandeln, spiegeln im großen und ganzen den Gegensatz der „*qui posuit*-Theorie“ bzw. der „*habitor*-Theorie“ wider. Die Schlüsselfrage liegt eigentlich darin, ob der Tatbestand des im Edikt als Grundlage für die Passivlegitimation benannten Begriffs *positum habere* durch das – von jeder beliebigen Person verwirklichtbare – tatsächliche Aushängen oder eher durch das Erdulden des Aushängens durch den Eigentümer bzw. Bewohner des Gebäudes verwirklicht wird; oder aber ist zur Feststellung des *positum habere* das bloße Eigentum oder ein anderes, eine tatsächliche Kontrolle ermöglichendes Recht am Gebäude genügend? Aufgrund der *qui posuit*-Theorie kann man also sowohl zu einer engeren als auch zu einer weiteren Auslegung gelangen, wobei beide Varianten zur Begründung einer subjektiven Haftung (bzw. teilweise zu einer Haftung für fremdes Verhalten) führen. Demgegenüber kann man auf der Grundlage der *habitor*-Theorie einerseits zur Begründung einer subjektiven, andererseits aber auch zu einer objektiven Haftung gelangen.

Nach Ansicht von Wołodkiewicz habe das *edictum de posito et suspensio* ursprünglich ausschließlich gegen den tatsächlichen Aushänger eine Klage vorgesehen. Gleichwohl mutmaßt der namhafte Professor aus Warschau, dass Ulpian den Anwendungsbereich des Edikts auf den Eigentümer bzw. Besitzer des Hauses ausgedehnt habe.³ Grundlage hierfür ist die diesbezüglich als Schlüsselstelle geltende (im späteren noch zu analysierende) Ulpianstelle:

...*positum habuisse non utique videtur qui posuit, nisi vel dominus fuit aedium vel inhabitator*... (D. 9, 3, 5, 12).

Die rechtshistorisch ausgerichtete Betrachtungsweise des polnischen Romanisten ist originell und gefällig, ist aber nicht völlig überzeugend. In der erhalten gebliebenen Ediktsstelle ist nämlich nicht von der Haftung des Aushängers, sondern von der des „*positum habens*“ die Rede. In diesem Zusammenhang ist es unerheblich, dass von der Haftung des Eigentümers und des Besitzers des Gebäudes *expressis verbis* nur in den Ediktskommentaren Bezug genommen wird. Auch ist es m. E. nicht entscheidend, dass der Text des Ediktes sowohl in der Disposition als auch in der

1990, 633, die *qui posuit*-Theorie, insoweit er der Meinung ist, die Beklagte diejenige Person sei, die die Sache ausgehängt hat (also nicht unbedingt der Eigentümer oder *habitor*, sondern jede andere beliebige Person. S. DI MARZO: *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1946³, 415, möchte die beiden Theorien miteinander mit der Feststellung versöhnen, dass die *actio* gegen den Aushänger oder die Person, die dies geduldet hat, angestrengt werden könne.

³ W. WOŁODKIEWICZ: *'Deiectum vel effusum' e 'positum aut suspensum' nel diritto romano*, RISG 12 (1968), 382ff. Diese Richtung wird in der jüngeren Literatur auch von J. M. COMA FORT: *El derecho de obligaciones en las «Res cottidianae»*, Madrid 1996, 184, vertreten.

Sanktion⁴ den möglichen Personenkreis der haftungsbewährten Handlungsweise bzw. der Verantwortlichkeit nur mit allgemeingültigem Charakter (*ne quis ... habeat; qui adversus ea fecerit*) bestimmt – diese Bezeichnungen dürfen nämlich nicht aus dem Kontext gerissen werden (beschränkt doch der Begriff *positum habere* als Beschreibung einer Handlungsweise, die von dem tatsächlichen Aushängen scharf getrennt werden muss, schon *ab ovo* den möglichen Personenkreis), und dürfen auch nicht aus dem weiteren Zusammenhang gerissen werden (nämlich davon, dass es Ziel dieser allgemeinen Formulierung ist, je nach Einzelfall entweder gegen den Eigentümer oder gegen den Bewohner vorgehen zu können). Zweifelsohne stellt Ulpian in D. 9, 3, 5, 12 den Aushänger (*qui posuit*) mit dem Bewohner (*qui habitaverit*) gegenüber und impliziert damit, dass die *actio de posito vel suspenso* – im Gegensatz zur *actio de deiectis vel effusis* – nicht gegen den *habitor*, sondern gegen den Aushänger angestrengt werden kann. Gleichwohl wird auch in dieser Digestenstelle auf den Tatbestand des *positum habere* angespielt: und ebendies begründet – wie im späteren zu bewiesen sein wird – auch im Lichte dieser Textstelle die Passivlegitimation zur *actio de posito vel suspenso*.

Der *qui posuit*-Theorie steht auch Perozzi nahe, nach dessen Ansicht nicht nur gegen den Aushänger, sondern auch gegen den Hauseigentümer oder den Bewohner geklagt werden kann, falls letzterer es geduldet hat, dass die gefährliche Sache ausgehängt werde.⁵

Eine vermittelnde Anschauung vertritt Vacca, wobei sie aber letztlich der *habitor*-Theorie nähersteht. Vacca geht zunächst davon aus, dass die *actio de posito vel suspenso* theoretisch gegen den Aushänger (wer immer dies auch ist) angestrengt werden kann. Sie fügt jedoch hinzu, dass es sich aber im Regelfall nicht um jede beliebige dritte Person handle, sondern grundsätzlich um den Eigentümer bzw. Bewohner, wobei es keine Rolle spiele, ob diese Person dort wohnt oder nicht. Vacca kommt anhand der oben zitierten zentralen Ulpianstelle D. 9, 3, 5, 12 zu dem Schluss, dass die Regelung der Passivlegitimation einerseits den Zweck hatte, dass auch bei einem unbewohnten Gebäude ein „Schuldiger“ gefunden werden könne, und andererseits, dass der (abwesende) Eigentümer nicht für das Verschulden des Bewohners und *vice versa* der Bewohner auch nicht für das Verschulden des Eigentümers einstehen müsse. Vacca stellt aufgrund D. 9, 3, 5, 12 fest, dass das

⁴ Hier ist darauf hinzuweisen, dass diese Ediktstelle das Schulbeispiel für die (angeblich) klassische Struktur der Rechtsnorm sein könnte, da hier die Hypothese („... in suggrunda protectove supra eum locum, quo vulgo iter fiet inve quo consistetur, id positum ... cuius casus nocere cui possit“), die Disposition („ne quis habeat“) sowie die Sanktion („qui adversus ea fecerit, in eum solidorum decem in factum iudicium dabo“) trefflich voneinander getrennt werden können.

⁵ S. PEROZZI: *Istituzioni di diritto romano*, II, Roma 1928², 388. Unter Bewohner versteht Perozzi eine Person, die zum Wohnen berechtigt ist und dies auch tatsächlich tut.

Eigentums- oder Mietrecht am Gebäude bereits an und für sich die *de posito vel suspensio*-Haftung begründet, was also eine objektive Haftung im modernen Sinne bedeutet. Grundlage hierfür ist die aus der Rechtsposition entspringende Kontrollmöglichkeit der haftbar gemachten Person.⁶ Vacca hebt zudem hervor, dass die Klage auch dann gegen den Eigentümer oder den Bewohner verwendet werden könne, wenn bekannt ist, wer die Sache ausgehängt hat.⁷

In der Darstellung von Vacca ist vieles zutreffend, sie kann aber an mehreren Punkten bestritten werden: Das Scheinzugeständnis an die *qui posuit*-Theorie halte ich für eine unnötige Vorsicht, da dies auf die Theorie der italienischen Romanisten letztlich keine Auswirkungen hat und nur ihre Klarheit trübt. Anfechtbar ist auch die Feststellung, wonach es irrelevant sei, ob die verantwortlich gemachte Person im Gebäude wohnt oder nicht. Aus D. 9, 3, 5, 8 (...*sive inhabitent, sive non...*) folgt m.E. – wie ich hierauf unten noch zurückkehren werde – nicht, dass das Vorliegen des Tatbestandselementes der *inhabitatio* vollkommen unerheblich sei, sondern vielmehr dass der Hauseigentümer – mangels besserer Alternative – auch dann haftbar gemacht werden kann, wenn er nicht im Gebäude wohnt. Sinn dieser Regelung ist es einerseits zu vermeiden, dass die tatsächlich herrenlosen (also vernachlässigten) Gebäude die Sicherheit der Fussgänger gefährden, und andererseits den Hauseigentümer dazu zu bewegen, sich wenigstens in minimalem Maße um das Gebäude zu kümmern.

Die subjektive Variante der „*habitor*-Theorie“ (um diesen vereinfachenden Ausdruck anzuwenden) wurde bereits von Donellus vertreten, als er ausführte, *positum habere* impliziere den Tatbestand, dass der Eigentümer oder Mieter eines Gebäudes selbst die Sache ausgehängt habe oder wenigstens das Aushängen durch eine andere Person geduldet habe.⁸ Ähnliche Auffassungen werden in der neueren Literatur von Longo, Burdese, Watson, Wicke und Wallinga vertreten.⁹

⁶ L. VACCA: *Delitti privati e azioni penali nel principato*, ANRW II. 14, 1982, 715.

⁷ VACCA: a.a.O. 716¹¹⁹.

⁸ Nach H. DONELLUS: *Commentarii de iure civili*, IX, Norimbergae 1826⁶, 438 (= 15, 43, 4) „[p]ositum habere intelliguntur inquilini aedium sive inhabitent sive non, qui aut posuerunt ipsi, aut ab alio positum patiuntur, cum prohibendi ius esset“.

⁹ A. WATSON: *Liability in the actio de positis ac suspensis*, Mélanges Ph. Meylan, Lausanne 1963, 379, der vom Streit in der Fachliteratur augenscheinlich keine Kenntnis nimmt, hält kategorisch fest: „It is perfectly clear that the *actio de positis ac suspensis* lay against the *habitor* not the person who placed or suspended the dangerous object...“. Ihm zufolge war die Kenntnis und die Eingriffsmöglichkeit des *habitor* gleichermaßen Vorbedingung zur Anwendbarkeit des Edikts (a.a.O. 380). Ähnlich sieht es auch G. LONGO: *I quasi delicta – actio de effusis et deiectionis – actio de positis ac suspensis*, Studi C. Sanfilippo, IV, Milano 1983, 459 und A. BURDESE, SDHI 57 (1991), 456. Letzterer betont unter Berufung auf die Formulierung *ab alio positum patitur* in der Ulpianstelle in D. 9, 3, 5, 10, dass die Haftung des Eigentümers bzw.

Die Theorie der objektiven Haftung des *habitor* wird etwa von Stein¹⁰ und Giménez-Candela vertreten. Die spanische Romanistin geht davon aus, dass das Edikt eine Klage nicht gegen den Aushänger, sondern gegen den „*positum habens*“ ermöglichte. Nach ihrer Ansicht weisen die beiden Wendungen im Edikttext *ne quis* und *ad omnes pertinent* auf einen weiten Personenkreis hin, zu dem auch der *habitor* gehört. Giménez-Candela verwirft Wołodkiewicz’ Theorie und vertritt statt dessen die Ansicht, dass anhand des Edikts seit den Anfängen gegen den *habitor* geklagt werden konnte, und zwar unabhängig von dessen Verschulden.¹¹ Ähnlich sieht es Guarino, insoweit er meint, dass der Bewohner im klassischen Recht auf objektiver Grundlage haftete, da ihm die Gefahrensituation zugeschrieben wurde; in der nachklassischen Zeit wurde aber sein Haftungsmaßstab auf *culpa* reduziert.¹² Eine ähnliche Ansicht vertritt auch Gordon, wenn auch mit Rücksicht auf die fragmentarisch erhalten gebliebenen Ediktskommentare mit Vorsicht.¹³

Zur Herausbildung einer fundierten Theorie erscheint es zweckmäßig, unsere Aufmerksamkeit eher auf die Quellen selbst als auf die einzelnen in der Fachliteratur vertretenen, z. T. einander diametral entgegengesetzten Ansichten zu richten. Nach dem einschlägigen Edikttext kann die *actio de posito vel suspenso* gegen diejenige Person angestrengt werden, die das im Edikt bestimmte Verbot missachtet. Das haftungsbewährte Verhalten wird im Edikt mit dem Ausdruck *positum habeat* bestimmt. Demzufolge ist Giménez-Candela in dem Punkt unbedingt zuzustimmen, dass die Klage gegen den „*positum habens*“ angestrengt werden kann.¹⁴ Fraglich ist es freilich weiterhin, was unter *positum habere* zu verstehen ist. Zur Erhellung dieses Tatbestandes bietet Ulpian die folgende Erklärung an:

des Bewohners des Gebäudes grundsätzlich auf der Duldung des gefährvollen Aushangs, also auf Verschuldensgrundlage beruht. Nach H. WICKE: *Respondeat superior. Haftung für Verrichtungsgehilfen im römischen, römisch-holländischen, englischen und südafrikanischen Recht*, Berlin 2000, 101, basierte die Haftung des Eigentümers (Bewohners) wahrscheinlich auf deren Kenntnis über das Aushängen. Siehe ähnlich auch T. WALLINGA: ‘*Effusa vel deiecta*’ in *Rome and Glasgow, The Edinburgh Law Review* 6 (2002), 118.

¹⁰ P. STEIN: *The nature of quasi-delictal obligations in Roman law*, RIDA 5 (1958), 563.

¹¹ T. GIMÉNEZ-CANDELA: *Los llamados cuasidelitos*, Madrid 1990, 117ff.

¹² A. GUARINO: *Diritto privato romano*, Napoli 2001¹², 1005. Der Ansicht Guarinos kann insofern zugestimmt werden, als die nachklassischen Rechtsgelehrten sich zwar im verstärkten Maße auf das Verschuldensmoment beriefen, aber meinerseits setze ich keinen grundsätzlichen Unterschied zwischen den Beurteilungen in den beiden Zeitaltern voraus.

¹³ W. M. GORDON: *The ‘actio de posito’ reconsidered*, *Studies in Justinian’s Institutes in memory of J. A. C. Thomas*, London 1983, 48ff.

¹⁴ Auch Ulpian hebt hinsichtlich der Passivlegitimation das Tatbestandsmerkmal des *positum habere* hervor: „...coercetur autem, qui positum habuit, sive nocuit id, quod positum erat sive non nocuit“ (Ulp. XXIII ed. D. 9, 3, 5, 11).

Positum habere etiam is recte videtur, qui ipse quidem non posuit, verum ab alio positum patitur: quare si servus posuerit, dominus autem positum patiatur, non noxali iudicio dominus, sed suo nomine tenebitur (Ulp. XXIII ed. D. 9, 3, 5, 10).

Hiernach wird der Tatbestand des *positum habere* auch dadurch erfüllt, dass jemand nicht selbst eine Sache aushängt, sondern das Aushängen durch eine andere Person duldet. Ulpian fügt hinzu, dass wenn das Aushängen durch einen Sklaven erfolgt und dies von seinem Herrn geduldet wird, dieser nicht noxal, sondern *suo nomine* haftet.

Die Duldung wird vermutlich von derjenigen Person verwirklicht, der es am ehesten möglich gewesen wäre, die tatbestandsmäßig ausgehängte Sache zu entfernen. Ulpian weist in dieser Hinsicht auf den Eigentümer (*dominus aedis*) bzw. den Mieter (*inquilinus*) hin:

... haec verba 'ne quis' ad omnes pertinent vel inquilinos vel dominos aedium, sive inhabitent sive non, habent tamen aliquid expositum his locis (Ulp. XXIII ed. D. 9, 3, 5, 8).

Aufgrund dieser Stelle kann man darauf schließen, dass die Grundlage für die Verwirklichung des *habere aliquid expositum* diejenige tatsächliche Kontrolle¹⁵ ist, die jemand – zumeist verifizierbar aus den Besitzverhältnissen heraus – über dem Gebäude ausübt, wobei es für diese tatsächliche Kontrolle keine Rolle spielt, ob diese Person tatsächlich im Gebäude wohnt oder nicht. Das Bestehen der tatsächlichen Kontrolle wurde offensichtlich fallweise entschieden.

Diese Deutungsweise wird auch von derjenigen – in der Fachliteratur oftmals zitierten – Quellenstelle untermauert, in der Ulpian neben dem *dominus aedis* nicht den *inquilinus*, sondern den *inhabitor* als „*positum habens*“ bezeichnet:

... positum habuisse non utique videtur qui posuit, nisi vel dominus fuit aedium vel inhabitator... (Ulp. XXIII ed. D. 9, 3, 5, 12).

¹⁵ In ähnlicher Weise spricht auch R. ZIMMERMANN: *Effusum vel deiectum*, Festschrift H. Lange, Stuttgart–Berlin–Köln 1992, 305 von der „tatsächlichen Verfügungsgewalt“. Siehe ähnlich VACCA: a. a. O., 715; T. PALMIRSKI: *Effusum vel deiectum*, Mélanges W. Wołodkiewicz: II, Warszawa 2000, 676f.; WICKE: a. a. O., 101. Anders hingegen GORDON: a. a. O., 50.

In diesem Textteil weist Ulpian darauf hin, dass als „*positum habens*“ keinesfalls diejenige Person betrachtet werden kann, die die Sache tatsächlich ausgehängt hat (*qui posuit*), dass aber die Person des „*positum habens*“ und des *qui posuit* zusammenfällt, wenn der Aushang durch den Eigentümer oder durch den Bewohner erfolgt ist. Der Begriff *inhabitor* weist auf das tatsächliche Dortwohnen hin, was das wohl häufigste – wenn auch nicht zugleich ein wesentliches – Element der *de posito vel suspenso*-Haftung darstellt.

Das Subjekt der Haftung für die aus den ausgehängten Sachen resultierenden Gefahren ist also im Grunde genommen der Eigentümer des Gebäudes (*dominus aedis*), der Mieter (*inquilinus*) oder der Bewohner (*inhabitor*) als „*positum habens*“. Demzufolge ist die Bedeutung, des Moments des Dortwohnens nuanciert zu beurteilen, während die *qui posuit*-Theorie, die das tatsächliche Aushängen in den Mittelpunkt stellt, auf eine falsche Interpretation der Quellen beruht.

Darüber, aufgrund welcher Kriterien im Einzelfall festgestellt werden kann, ob der Eigentümer oder der Bewohner als „*positum habens*“ gilt, geben die Quellen leider keine eindeutige Auskunft. Immerhin ist ihnen *expressis verbis* zu entnehmen, dass wenn der Eigentümer, der Bewohner oder einer ihrer Sklaven die Sache ausgehängt hat, die *actio* aufgrund dieser Tatsachen gegen den Gebäudeeigentümer bzw. den Bewohner angestrengt werden kann.¹⁶ Offensichtlich erscheint auch, dass wenn der Aushang im Auftrag oder wenigstens in Kenntnis oder unter Duldung des Gebäudeeigentümers bzw. Bewohners erfolgt ist, von diesen Personen diejenige haftet, die den Aushang in Auftrag gegeben, zur Kenntnis genommen bzw. erduldet hat. Falls dieses Wissensmoment bei beiden vorliegt, hafteten sie wahrscheinlich solidarisch.¹⁷

Weitaus schwerer ist es, anhand der Quellen festzustellen, dass wenn der Aushang durch eine *persona extranea* erfolgt ist, wovon weder der Eigentümer noch der Bewohner (bzw. Mieter) nichts gewußt haben, ob und aufgrund welcher Kriterien sie gehaftet haben. Zwar spielt Ulpian darauf an, dass es irrelevant sei, ob der Eigentümer bzw. der Mieter im Gebäude wohnt; nichtsdestoweniger erscheint es offensichtlich, dass wenn einer von beiden –

¹⁶ Wie bekannt, begründete auch das Aushängen *insciente domino* durch einen Sklaven die quasideliktische Haftung des Gewalthabers, welcher sich aber der *exceptio noxalis* bedienen konnte, siehe etwa F. SERRAO: *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, Pisa 1989, 164; H. ANKUM: *L'édit du prêteur « De his qui deiecerint vel effuderint »*, *Studia Iuridica* [Warszawa], 41 (2003), 15.

¹⁷ Diese Schlussfolgerung kann aus der solidarischen Haftung im Bereich der *actio de deiectis vel effusis* gezogen werden, s. hierzu D. 9, 3, 1, 10; eod. 2f., vgl. A. FÖLDI: *A másért való felelősség a római jogban* (Die Verantwortlichkeit für fremdes Verhalten im römischen Recht), Budapest 2004, 157.

bloß *de iure* oder auch *de facto* – im Gebäude wohnt und so darüber eine rechtliche oder auch eine tatsächliche Kontrollgewalt hat, in erster Linie dann vor allem diese Person haftet, und zwar unabhängig davon, ob er *in concreto* von dem Aushang weiß oder hiervon aus irgendeinem Grund nicht informiert war.

Bei der Festlegung der Person des „*positum habens*“ ist es also unerheblich, durch wen der Aushang tatsächlich erfolgt ist, und es ist eigentlich auch unerheblich, ob die haftbar gemachte Person im Gebäude gewohnt hat. Es spielte auch keine Rolle, ob der Eigentümer seine Schuldlosigkeit beweisen konnte. Der einzige Fall, in dem sich der Eigentümer oder Mieter (Bewohner) auf seine Schuldlosigkeit berufen konnte, war der, dass er von dem Aushang durch seine Sklaven nichts gewußt hat – und auch in diesem Falle wurde er nicht von der Haftung befreit, sondern konnte lediglich wählen, ob er statt der Zahlung der *poena* lieber den Delinquenten *in noxam* geben würde.

Aus den Quellen geht eindeutig die rechtspolitische Bestrebung hervor, dass auf jeden Fall ein „Schuldiger“ gefunden werden muss: falls dies aufgrund der unmittelbaren tatsächlichen Beziehung nicht möglich war (z. B. wenn der aushängende Mieter zwischenzeitlich verzogen ist), so musste letztlich der Eigentümer eintreten. In diesem Falle ist die *de posito vel suspenso*-Haftung gänzlich objektiv ausgerichtet, also sie stellt eine echte Gefährdungshaftung dar.

Demgemäß ist meine – durch die Quellen nur teilweise bzw. auf mittelbare Weise belegbare – Schlussfolgerung, dass die *actio de posito vel suspenso* von den in Betracht kommenden Personen (Gebäudeeigentümer, Mieter bzw. Bewohner) gegen diejenige angestrengt werden konnte, der es – in erster Linie auf subjektiver Grundlage, letztlich aber auch anhand objektiver Umstände (z. B. Eigentumsrecht) – anzulasten ist bzw. der es im Vergleich zu anderen Personen eher anzulasten ist, dass die im Edikt bestimmte Gefahrensituation entstanden ist. Die *de posito vel suspenso*-Haftung gründet daher letzten Endes auf eine Art „relativer Vorwerfbarkeit“.

Zum Schluss möchte ich mich noch mit dem Problem der Passivlegitimation im Falle des Herunterfallens einer ausgehängten Sache beschäftigen. Im Laufe der Darstellung der *actio de posito vel suspenso* befassen sich die Lehrbücher und die Handbücher des römischen Privatrechts im allgemeinen nur mit der aufgrund der Risikosituation anstrengbaren Klage. Nur selten wird auf die Frage eingegangen, welche Klage zur Verfügung stand, wenn die ausgehängte Sache tatsächlich heruntergefallen war. Wenn die tatbestandsmäßig (also eine auf die *suggrunda* oder das *protectum* auf gefährliche Art und Weise) ausgehängte Sache hinunterfällt, ohne Schaden anzurichten, so fällt dieser

Tatbestand – wie die tatsächliche, aber folgenlose Manifestation der Gefahr – noch unter den Geltungsbereich des *edictum de posito et suspensio*.¹⁸ Es ist aber nicht eindeutig, wie der Fall zu behandeln war, wenn die ausgehängte und hinuntergefallene Sache tatsächlich Schaden angerichtet hat. Die sich mit dieser Frage beschäftigenden Romanisten haben diesbezüglich voneinander stark abweichende Ansichten dargelegt. Im Hintergrund des Streites stehen natürlich die spärlichen und widersprüchlichen Quellentexte. Die Antwort hängt sogar auch hier von der Auslegung der bereits oben in einem anderen Kontext zitierten Ulpianstelle in D. 9, 3, 5, 12 ab:

Si id quod positum erat deciderit et nocuerit, in eum competit actio qui posuit, non in eum qui habitaverit, quasi haec actio non sufficiat, quia positum habuisse non utique videtur qui posuit, nisi vel dominus fuit aedium vel inhabitator... (Ulp. XXIII ed. D. 9, 3, 5, 12).

Nach dieser Aussage kann, wenn die ausgehängte Sache herunterfällt und somit Schaden entsteht, gegen den Aushänger und nicht gegen den Bewohner geklagt werden, da in diesem Fall die *actio* (*actio de deiectis vel effusis*?) nicht „ausreichend“ ist. Der Grund dafür ist, dass als „*positum habens*“ nicht diejenige Person gelten kann, die die Sache ausgehängt hat, es sei denn, es handelt sich um den Eigentümer oder den Bewohner des Gebäudes.

Diese Stelle scheint nicht nur unecht zu sein,¹⁹ sondern ist auch voller logischer Widersprüche. Wenn die mit der Wendung *in eum competit actio* gekennzeichnete *actio* nicht gegen den *habitor*, sondern gegen die aushängende Person (*qui posuit*) angestrengt werden kann, so spricht dies auf den ersten Blick – jedenfalls dann, wenn man zwischen der *actio de deiectis vel effusis* und der *actio de posito vel suspensio* wählen muss – dafür, dass Ulpian die *actio de posito vel suspensio* gemeint hat. Demnach müsste die in der Wendung *quasi haec actio non sufficiat* erwähnte Klage die *actio de deiectis vel effusis* sein. An dieser Stelle stellt sich die Frage, warum die letztere Klage keinen zufriedenstellenden Schutz für die geschädigte Person bietet. Wenn schon eine der beiden Klagen „*non sufficiat*“, so doch eher die *actio de posito*

¹⁸ „...[C]oercetur autem, qui positum habuit, sive nocuit id, quod positum erat sive non nocuit“ (Ulp. XXIII ed. D. 9, 3, 5, 11).

¹⁹ Nach WATSON: a. a. O., 381 ist die Textstelle – wegen eines unaufmerksamen Abschreibers – derart korrupt, dass deren zufriedenstellende Wiederherstellung nicht möglich ist; s. ähnlich auch LONGO: a. a. O., 462.

vel suspenso, da die (die Risikosituation sanktionierende) *poena* nicht unbedingt die durch das Hinunterfallen entstandenen Schäden deckt.²⁰

Nicht ganz verständlich ist auch, in welchem logischen Zusammenhang die Wendung *quia...* mit dem vorherigen Gedanken steht. Diejenige Feststellung nämlich, dass die Person des „*positum habens*“ nur dann mit der Person des Aushängers identisch ist, wenn der Aushang vom Eigentümer bzw. Bewohner selbst erfolgt ist, ist lediglich eine Kommentierung der Passivlegitimation zur *actio de posito vel suspenso*, die aber nicht als Argument für den weniger geeigneten Charakter der *haec actio* dienen kann. Denn wenn nämlich Ulpian die Vorteile der Passivlegitimation zur *actio de posito vel suspenso* gegenüber der zur *actio de deiectis vel effusis* hätte aufzeigen wollen, hätte er sich darauf berufen müssen, dass es für die geschädigte Person zweckmäßiger sei, dass er gegen den „*positum habens*“ und nicht gegen den *habitor* vorgehen kann, und umgekehrt.

Die Forscher, die diese Quelle erörtert haben – und bereits die byzantinischen Rechtsgelehrten fallen darunter²¹ – suchten (und suchen noch heute) die Lösung in verschiedene, einander diametral entgegengesetzte Richtungen. Die Deutung als *actio de posito vel suspenso* wird etwa von Vacca vertreten, die der Meinung ist, dass für die Sanktionierung der Schadensverursachung durch Hinunterfallen der ausgehängten Sache die *actio de deiectis vel effusis* nicht unbedingt zweckmäßig sei, weil diese nur gegen den Bewohner angestrengt werden kann (demnach sei also diese Klage die „nicht zufriedenstellende“ *haec actio*); aber es stehe ja auch in diesem Falle die *actio de posito vel suspenso* zur Verfügung, deren Hauptvorteil es sei, dass sie gegen den Gebäudeeigentümer – im Gegensatz zu der *actio de deiectis vel*

²⁰ Die von dem *edictum de posito et suspenso* vorgesehenen Buße in Höhe von 10.000 HS scheint auf den ersten Anblick eine stattliche Summe zu sein und zweifelsohne war sie auch zur vollständigen Deckung der durch die *deiectio* oder *effusio* allgemein entstehenden Kosten (Reinigung der Kleidung, Gesundungskosten, entgangener Arbeitslohn) geeignet. Wenn aber z. B. durch einen Unfall ein wertvoller Sklave umgekommen sein sollte (d. h. wenn der Schaden 100.000 HS übertreffen konnte, vgl. TH. PEKÁRY: *Die Wirtschaft der griechisch-römischen Antike*, Wiesbaden 1979, 108) oder wenn z. B. ein Rechtsanwalt vorübergehend arbeitsunfähig geworden sein sollte – *nota bene*, im Einklange mit der Verordnung des Kaisers Claudius konnte ein Anwalt für die Erledigung einer Sache sogar (bzw. höchstens) ein Honorar von 10.000 HS verlangen (s. K. VISKY: *Geistige Arbeit und die „artes liberales“ in den Quellen des römischen Rechts*, Budapest 1977, 60) –, so wurde der Schaden durch die *poena* nicht unbedingt gedeckt.

²¹ Nach einem zur Stelle *Basilica* 60, 4, 5 hinzugefügten Scholion (Schol. Nr. 43. Heimbr. V, 333) muss die Unmöglichkeit des Klagens gegen den Bewohner so verstanden werden, dass die *actio* gegen keine Person angestrengt werden könne, die nicht mehr im Haus wohnt.

effusis – auch dann angestrengt werden kann, wenn dieser nicht im Gebäude wohnt.²²

Eine andere Ansicht vertritt Giménez-Candela. Die spanische Romanistin geht davon aus, dass dieser Fall von dem Tatbestand in D. 9, 3, 1, 3 abweiche, wo nämlich die *actio de deiectis vel effusis* bei einem Hinunterfallen im Zuge des Aufhängens Anwendung fand. Auf dieser Grundlage bestreitet sie, dass sich der Geltungsbereich der letzteren Klage auch auf das Hinunterfallen des *suspensum* bzw. des *positum* erstreckt habe. Nach ihrer Ansicht ist auf diesen Tatbestand auch die *actio de posito vel suspensio* nicht anwendbar, da die Klage nicht gegen die tatsächlich aushängende Person (*qui posuit*) angestrengt werden kann, sondern gegen den „*positum habens*“, der ja niemand anderer ist als der Eigentümer bzw. Bewohner. Demzufolge kommt sie zu dem Ergebnis, dass Ulpian von einer *actio in factum* spricht, die gegen den Aushänger (*qui posuit*) angestrengt werden kann, und zwar unabhängig davon, ob er der Eigentümer oder Bewohner des Gebäudes ist oder nicht. Der Meinung der spanischen Romanistin zufolge sei die von Ulpian als „ungenügend“ empfundene *haec actio* nichts anderes als die ordentliche *actio de posito vel suspensio*, deren Nachteil es ist, dass dadurch nicht der tatsächliche Aushänger bestraft wird.²³

Im Gegensatz zu den obigen Deutungsversuchen wird von vielen Romanisten die Interpretation als *actio de deiectis vel effusis* akzeptiert. Der namhafteste Vertreter dieser bis zu den Glossatoren zurückverfolgbaren²⁴ Ansicht ist Cuiacius, der die folgende, in einer mit dem Text vollkommen entgegengesetzte Lesart resultierende Emendation vorschlägt: *in eum competit actio qui <habitaverit>, non in eum qui <posuit>*.²⁵ Demnach hätte Ulpian die Passivlegitimation im Vergleich zum erhalten gebliebenen Text eben gegenteilig, nämlich im Einklang mit den Regeln über die *actio de deiectis vel effusis* bestimmt, hätte also statt der *actio de posito vel suspensio* die *actio de deiectis vel effusis* angeboten. Diese Art der Deutung wird in der jüngeren Literatur von Provera und Talamanca befürwortet; nach ihnen konnte aufgrund des schadenverursachenden Hinunterfallens der ausgehängten Sache die *actio*

²² VACCA: a. a. O., 716¹¹⁹.

²³ GIMÉNEZ-CANDELA: a. a. O., 124ff. S. bereits ähnlich O. KARLOWA: *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig 1901, 1357. Gegen die These von Giménez-Candela spricht auch eine Äußerung von Ulpian (D. 9, 3, 1, 3: „et quod suspensum decedit, pro deiecto haberi magis est“), vgl. FÖLDI: *Die Verantwortlichkeit für fremdes Verhalten im römischen Recht* (zit.), 151f.

²⁴ S. GORDON: a. a. O., 53.

²⁵ CUIACIUS: *Observationes*, col. 656 (22, 32): „verius est in habitatorem ex priori parte [scil. edicti – A.F.] competere actionem in duplum, quia id pro deiecto habetur“.

de deiectis vel effusis nach den allgemeinen Regeln angestrengt werden, also gegen den *habitor*.²⁶

Mommsen vertritt eine in gewissem Sinne eklektische Ansicht, da er neben der durchaus vorsichtigen Annahme der Emendation durch Cuiacius die folgende Konjekture vorbringt: *in eum competit actio qui <habitaverit non in eum qui posuit: itaque utilis danda erit in eum qui posuit>*.²⁷ Ihm zufolge konnte also auch gegen den Aushänger selbst mithilfe einer *utilis actio* vorgegangen werden, wobei er hierunter wohl eine der *actio de posito vel suspenso* nachgebildeten Klageart versteht. In der Fachliteratur werden außerdem noch zahlreiche andere Interpretationsweisen vertreten.²⁸

Meiner Ansicht nach steht Mommsen der Wahrheit am nächsten, da in einem Schadensfalle aufgrund Herunterfallens einer ausgehängten Sache die verschiedenen Rechtsbehelfe vermutlich miteinander in alternativer Konkurrenz standen. Zweifelsohne hat die Tatsache, dass die ausgehängte Sache heruntergefallen und eventuell tatsächlichen Schaden angerichtet hat, die Anstrengung der *actio de posito vel suspenso* – falls der Aushang ansonsten dem Tatbestand der *edictum de posito et suspenso* entsprochen hat – nicht gefährden, sondern hat den Erfolg als Manifestation der Gefahrensituation eher geradezu garantiert.²⁹ Es ist sogar nicht auszuschliessen, dass die *actio de posito vel suspenso* – wenn eine ausgehängte Sache heruntergefallen und dadurch Schaden entstanden ist – mit Rücksicht auf die unzweifelhafte Verifikation der Gefahr unabhängig davon gewährt wurde, ob der Aushang dem Tatbestand des *edictum de posito et suspenso* entsprochen hat – dies konnte nämlich im Nachhinein ohnehin nicht immer nachgewiesen werden. Jedenfalls kann im Lichte von D. 9, 3, 1, 3 kaum bestritten werden, dass im Falle des Hinunterfallens einer bereits ausgehängten Sache *per analogiam* die *actio de deiectis vel effusis* gewährt wurde. Anfechtbar ist auch kaum die Feststellung,

²⁶ PROVERA: *Actio de effusis et deiectis*, 261; TALAMANCA: a. a. O., 633.

²⁷ S. *Digesta Iustiniani Augusti*, editio maior (ed. TH. MOMMSEN), I, Berolini 1866, 296⁶. Nach WOŁODKIEWICZ: a. a. O., 382 spricht für die Deutung Mommsens der Text in D. 9, 3, 1, 3, in der aber Ulpian unsicher ist, ob die *actio de deiectis vel effusis* auch im Falle des Hinunterfallens des Gegensandes anwendbar ist.

²⁸ Nach WATSON: a. a. O., 381 billigte Ulpian wahrscheinlich auch in diesem Falle die *actio de posito vel suspenso* gegen den *habitor* zu, aber nur dann, wenn dieser von dem gefährlichen Aushang gewußt hat, also nur im Verschuldensfalle. Zu den übrigen Ansichten s. zusammenfassend GIMÉNEZ-CANDELA: a. a. O., 125.

²⁹ Von Ulpian selbst wissen wir, dass von der *actio de posito vel suspenso* auch im Falle des tatsächlichen Schadenseintritts Gebrauch gemacht werden konnte: „...coercetur autem, qui positum habuit, sive nocuit id, quod positum erat sive non nocuit“ (Ulp. XXIII ed. D. 9, 3, 5, 11).

dass die für mittelbare Schädigung ausgearbeitete *in factum actio legis Aquiliae*³⁰ auch gegen den Aushänger angewandt werden konnte.³¹

FÖLDI ANDRÁS

MEGJEGYZÉSEK AZ *ACTIO DE POSITO VEL SUSPENSO* PASSZÍV LEGITIMÁCIÓJÁRÓL

(Összefoglalás)

A szerző tanulmányában egy, a római jogi szakirodalomban igen vitatott problémát tesz elemzés tárgyává. Egyes szerzők (pl. Wolodkiewicz) szerint a praetori edictum az *actio de posito vel suspensio*t eredetileg az ellen a személy ellen irányozta elő, aki egy épületnek az utca fölé kiszögellő részére (*suggrunda, protectum*) veszélyes módon kihelyezett vagy kifüggesztett egy tárgyat, a többségi álláspont szerint azonban ez a kereset eredetileg is a lakó (*habitor*), a bérlő (*inquilin*), illetve végső soron a háztulajdonos (*dominus aedis*) ellen irányult. De ez utóbbi nézet képviselői is megoszlanak atekintetben, hogy szükséges volt-e a felelősség megállapításához a bérlő (háztulajdonos) vétkessége (így vélekedik pl. Watson és Wacke, míg sokan, pl. Stein és Giménez-Candela objektív felelősségről beszélnek).

A szerző szerint a *de posito vel suspensio* felelősség dogmatikai alapját képező, a forrásokban a *positum habere* kifejezéssel körülírt magatartás nem azonosítható a kifüggesztéssel, másfelől annak nem képezi szükségszerű elemét a bérlő (háztulajdonos) vétkessége sem. Az bizonyos, hogy a veszélyesen kihelyezett, kifüggesztett tárgyakkal kapcsolatban a római jogalkalmazó jogpolitikai szempontból mindenképpen akart egy felelőssé tehető személyt találni, mégpedig lehetőleg annak vétkes magatartása alapján (pl. a kifüggesztés személyes eszközlése vagy annak eltűrése), de végső soron, „jobb híján” felelőssé tették a távollevő vétlen háztulajdonost is. A szerző következtetése ezért az, hogy ez a felelősségi alakzat egyfajta „relatív felróhatóságon” alapuló objektív, többnyire pedig más cselekményéért való felelősség.

³⁰ Vgl. H. HAUSMANINGER: *Das Schadenersatzrecht der „lex Aquilia“*, Wien 1996⁵, 17f.

³¹ S. ähnlich auch MARTON, a. a. O., 257, nach dessen Meinung die *actio legis Aquiliae* gegen den Aushänger angestrengt werden könne), sowie in der älteren Literatur C. FADDA: *L'azione popolare*, Torino 1894, 182² (zitiert in GIMÉNEZ-CANDELA, a. a. O., 125).

A szerző a passzív legitimáció kérdését azzal a tényállással kapcsolatban is vizsgálja, amikor egy veszélyesen kihelyezett vagy kifüggesztett dolog leesése okoz kárt. A szakirodalomban kifejtett sok és sokféle nézet közül Mommsen hipotéziséhez csatlakozik, amely szerint ilyen esetben a károsult választhatott az *actio de deiectionis et effusis* és az *actio de posito vel suspenso* között, illetve perelhette a kifüggesztőt.

A gladiátorviadatok büntetőjogi szabályai az antik Rómában

Rómában először Kr. e. 264-ben rendeztek gladiátorviadalt Brutus Pera temetésének alkalmából, mikor az elhunyt fiai, Marcus és Decimus három küzdőpárt léptettek fel a marhapiacon, a *Forum Boariumon*.¹ Ezt az újdonságnak számító látványosságot hamar megkedvelték a rómaiak, így a Kr. e. II. század közepén egy gladiátorviadal (*munus gladiatorium*) híre már a színházból is elcsalta a nézőket.²

Ahogy a gladiátorviadatok népszerűsége növekedett, úgy ismerték fel a *magistratus* jelöltek a benne rejlő lehetőségeket. Rómában ugyanis a *magistratusi* választási propagandának nem volt kialakult formája, a pályázók ezért minden eszközt megragadtak saját népszerűségük emelésére.³ Egyik ilyen eszköz volt a játékok rendezése, hiszen minél fényesebb játékokat rendezett valaki, annál biztosabban számíthatott rá, hogy a választásokon a polgárok rá adják voksukat.⁴

Így a látványosságok rendezése a késői köztársaság korában igen költséges, de szükségszerű lehetőség volt minden pályázó számára, olyannyira, hogy a politikai karrier nem ritkán pénzügyi összeomlásban végződött,⁵ hiszen a választási hadjárat során döntő jelentőséggel bírt, ki rendezi a népnek legjobban tetsző játékokat.⁶ A játékok rendezése során kifejtett versengést ezért különféle

¹ Liv. Per. 16; Serv. Aen. 3,67; Val. Max. 2,4,7.

² Ter. Hecyra, Prol. 2,12-13.

³ MEYER, E.: *Einführung in die antike Staatskunde*. Darmstadt, 1980. 180. p.

⁴ Jól példázza ezt Sulla esete, aki a *praetor*-választáson indulva, nem kapott elegendő szavazatot. Ezt azzal magyarázta, hogy a nép azért nem szavazott rá, mert előzőleg nem töltötte be az *aedilisi* tisztséget, s elvárták volna tőle, hogy *aedilisként* játékokat rendezzen nekik. Cic. Off. 2,58; Plut. Sulla 5. Vö. JAKAB É.: Aediles curules. Róma rendészeti igazgatása és ennek hatása a magánjog fejlődésére. In memoriam dr. Kovács István, *Acta Jur. et Pol. Szeged*, 40 (1991), 134. p.

⁵ BALTRUSCH, E.: Die Verstaatlichung der Gladiatorenspiele. *Hermes* 119 (1988), 333. p.

⁶ Vö. Cic. Mur. 40. Cicero ezen a helyen saját tapasztalatairól számol be. Az ő játékai, melyeket *aedilisként* adott, elmaradtak a Gaius Antonius Hibrida által rendezett játékok mögött, ezeknél pedig még fényesebb játékokat rendezett Murena, aki nem volt *aedilis*, csak *praetor*.

eszközökkel próbálták korlátozni. E korlátok közül büntetőjogi relevanciával bírt, hogy az *ambitus*, azaz a választási vesztegetés tényállása alá vonták az ajándék adását a szavazatért, az ajándékkal⁷ pedig egyenértékűnek számított a nyilvános küzdőjátékok rendezése.⁸ A másik korlátozást a Kr. e. 63-ban született *lex Tullia de ambitu* tartalmazta, amely megtiltotta, hogy bárki gladiátorjátékot tartson *magistratus*sá váló jelöltetése előtt két éven belül, kivéve, ha erre az illetőt végrendeletben kötelezték.⁹ Külön kiemelendő, hogy ez a törvény csak a *munus gladiatorium* tartását korlátozta, pedig egyéb játékok tartása révén is meglehetősen népszerűsége lehetett szert tenni.

Ha valaki elhatározta, hogy gladiátorviadalt rendez, ehhez előbb a megfelelő számú bajvívót is be kellett szereznie. Ahogy nőttek az igények a gladiátorküzdelmek tartása és színvonala iránt, egyre több gladiátorra volt szükség. A büntetőjog ezen a területen a játékrendezők érdekeit szolgálta, hiszen a gladiátorok többsége az elítéltek közül került ki.

A bűnözők játékokon való alkalmazásának két fő típusát különböztették meg: az egyik esetben az elítéltek egymás ellen küzdöttek, a másik esetben a bűnözőknek állatokkal kellett viaskodniuk. Az előbbi típusú büntetésen belül további két fokozat létezett: a *condemnatio ad gladium*, mely a súlyosabb, és az *ad ludum gladiatorium*, mely az enyhébb fokú büntetést jelentette. A kettő közti különbséget Ulpianus magyarázza meg. Ezek szerint, akit *ad gladium* ítélték, azt egy éven belül kiképzetlenül az arénába küldték küzdeni. Az *ad ludum*, tehát a gladiátoriskolákba küldött elítéltek először kiképzésen részesültek a gladiátoriskolákban, és így lehetőségük volt rá, hogy ügyes bajvívóként, ha hamarabb nem vesztették életüket, három év után megkapják a *rudist*, vagyis a fakardot, ami azt jelentette, hogy nem kellett többet az arénában fellépniük. Öt év után pedig elnyerhették a *pileust*, a szabadságot jelképező kalapot, amivel véglegesen felszabadították őket (*manumissio per pileum*).¹⁰ A fakard és a kalap elnyerése közötti időben, az egykori vívóknak első vagy második felvigyázóként vagy vívómesterként a gladiátoriskolában kellett szolgálniuk.¹¹ A felvigyá-

⁷ A *munus gladiatorium* kifejezés jelentése is „ajándék,” amely gladiátorok fellépéséből áll. Lásd VEYNE, P.: *Brot und Spiele. Gesellschaftliche Macht und politische Herrschaft in der Antike*. Frankfurt – New York 1988, 360. p. Vö. Tert. De spect. 12..

⁸ MOMMSEN, TH.: *Römisches Strafrecht*. Leipzig 1899, 870. p.

⁹ Cic. Vat. 37. Lehetséges, hogy már korábban is születtek ehhez hasonló rendelkezések, melyeket e törvény magába olvasztott. Vö. SŁAPEK, D.: *Gladiatorzy i polityka. Igryska w okresie późnej republiki rzymskiej*. Wrocław 1995, 100. p.

¹⁰ Coll. 11,7,4: *Est autem differentia inter eos qui ad gladium et eos qui ad ludum damnatur; nam ad gladium damnati confestim consumuntur vel certe intra annum debent consumi; hoc enim mandatis continetur. Enimvero qui in ludum damnantur, non utique consumuntur, sed etiam pileari et rudem accipere possunt post intervallum, siquidem post quinquennium pileari, post triennium autem rudem induere eis permittitur.*

¹¹ SCHNEIDER, K.: *Gladiatores*. RE Suppl. 3 (1918), 775. p.

zók a gladiátoriskolák egyes részlegeinek előjárói voltak, a vívómesterek pedig az újoncok kiképzésében vettek részt.¹²

Az állatviadatokra való ítélésnek szintén két változata volt: a *condemnatio ad bestias*, a súlyosabb, és az *ad ludum venatorium*, a valamivel enyhébb fokozat.¹³ A kettő közti különbséget itt is az jelentette, hogy míg az előbbi esetben a kivégzendőket kiképzetlenül és fegyvertelenül vetették az állatok elé, az utóbbi esetben az elítéltek egy erre a célra szakosodott iskolában való felkészítés után fegyverrel védekezhettek a vadállatok ellen.

E büntetések közül az állatok elé vetés számított a kivégzés legbiztosabb módszerének, ugyanis a gladiátorharcoknál, ahol ember ember ellen küzdött, és ahol egy bizonyos erőegyensúly a harcosok között a látványosság lényegéhez tartozott, s ugyanígy az állatviadatok estén, ahol szintén lehetőség volt a védekezésre, az elítéltnak esélye volt rá, hogy megmenekül a haláltól.¹⁴

A vadállatok elé vetés, mint büntetés, már a köztársaság korában megjelent, amikor olyan rómaiakat büntettek így, akik átálltak az ellenséghez.¹⁵ A katonák mentesek voltak ez alól a büntetés alól, kivéve, ha valamelyikük átszökött az ellenséghez, majd visszatért.¹⁶ Ha azonban valakit előzőleg ítélték állatviadalra, és a büntetés elől menekülven jelentkezett háborús szolgálatra, katonaként sem illette meg a privilégium, elfogása esetén végre kellett hajtani az ítéletet.¹⁷

A *principatus* idején ezekkel a büntetésekkel azokat a bűnözőket sújtották, akik nem rendelkeztek római polgárjoggal, a kései császárkorban pedig azokat, akik a *humiliores* közé tartoztak.¹⁸ Bár a *honestiores* közé számító polgárokat nem lehetett volna ilyen büntetésben részesíteni, olykor mégis előfordult, hogy magas rangúakat, római lovagokat is a vadállatok elé vetettek.¹⁹ A császári önkény különben sem tartotta magát a törvényi előírásokhoz, ha egy látványosság megrendezéséhez nem volt elegendő résztvevő.

Míg arról számos forrás tanúskodik, hogy vadállatok elé vetéssel a szakrális, az államellenes bűncselekmények, az emberölés különféle módozatainak elkövetőit és a keresztényeket büntették,²⁰ arra, hogy kiket ítélték *ad ludum* és *ad*

¹² Ld. MOMMSEN, TH.: Die Gladiatorentessen. *Hermes* 21 (1886), 266–276. p.

¹³ REIN, W.: *Das Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinianus*. Leipzig 1844, 914. p.

¹⁴ VÖ. SANTALUCIA, B.: *Verbrechen und ihre Verfolgung im antiken Rom*. Milano 1997, 100. p.

¹⁵ Val. Max. 2,7,13.

¹⁶ Mod. D. 49,16,3,10: *Is, qui ad hostem confugit et rediit, torquebitur ad bestiasque vel in furcam domabitur, quamvis milites nihil eorum patiantur*.

¹⁷ Men. D. 49,16,4,1: *Ad bestias datus si profugit et militiae se dedit, quandoque inventus capite puniendus est: idemque observandum est in eo, qui legi se passus est*.

¹⁸ FRIEDLÄNDER, L.: *Darstellungen aus der Sittengeschichte Roms in der Zeit von August bis zum Ausgang der Antonine*. Leipzig 1885, 221. p.

¹⁹ Suet. Cal. 27.

²⁰ PS 5,19; 5,22,1; 5,29,1; 5,23,1; 5,23,16; 5,23,17; 5,23,15; Coll. 12,5,1; Ulp. D. 47,9,12,1; 48,10,8; Marc. D. 48,19,11,3; Mod. D. 48,9,9; Call. D. 48,19,28,15; Tert. Apol. 40,2.

gladium, már nem találunk ilyen egyértelmű utalásokat. Egy rendelkezést ismerünk, melyben szó szerint a gladiátoriskolára ítélet szerepel büntetésként: a *Codex Theodosianus* szerint így rendelték büntetni a *plagiarius*okat, azaz az emberrablókat.²¹ *Ad gladium* pedig az *abigei*t, azaz a marhatolvajokat ítélték, de csak azokon a helyeken, ahol ez a bűncselekmény gyakran előfordult, egyébként ezeket a bűnözőket közmunkával (*opus publicum*) büntették.²²

*Condemnatio ad gladium*ra nagy valószínűség szerint ugyanazon büntettek esetén került sor, mint amelyek esetén a vadállatok elé vetést alkalmazták. Ezt a büntetést akkor választhatták, ha a közeljövőben nem volt állatviadal tartása kilátásba helyezve, hiszen az állatok beszerzésének nehézsége miatt erre ritkábban volt lehetőség, mint a gladiátorok küzdelmére. Ezért az *ad bestias* büntetés mellett alternatívaként más büntetés, leggyakrabban a keresztre feszítés, alkalmazásának lehetősége is szerepel a forrásokban. A *condemnatio ad ludum* kiszabására is ugyanezen büntettek körében kerülhetett sor, de az elkövetők közül kiválogatták azokat, akik erre koruknál és testalkatuknál fogva alkalmasak voltak.²³ Ezt bizonyítja Quintilianus is, aki – mint írja – egy gladiátoriskolában járva szentségtörőket, gyújtogatókat és gyilkosokat látott.²⁴

Akiket ilyen büntetéssel sújtottak, azok *capitis deminutio maximá*t szenvedtek, azaz elvesztették szabadságukat, a büntetés rabszolgáivá, ún. *poenae servivé* váltak. A *capitis deminutio maximá*t nem közvetlenül a tett elkövetése váltotta ki, e bűnözők az ítélet erejénél fogva váltak rabszolgává.²⁵ Az *ad bestias* elítéltek a fent említett okok miatt gyakran hosszú időt töltöttek a rabszolgaság *status*ában, hiszen csak a következő játékok alkalmával tudták végrehajtani a büntetést. Ez alatt az idő alatt felügyelet alatt tartották őket, más bűnözők terhére történő vallatás céljából.²⁶

Aki már eleve rabszolgaként követett el főbenjáró bűncselekményt, azt az ura – saját házi ítélete alapján – az arénába küldhette. Ennek a gyakorlatnak a korlátozására született a *lex Petronia*, mely szerint a tulajdonosa által bűnösnek

²¹ CTh 9,18,1: *Plagiarii, qui viventium filiorum miserandas infligunt parentibus orbitates, metalli poena cum ceteris ante cognitis suppliciis tenebantur. Si quis tamen eiusmodi reus fuerit oblatus, posteaquam super crimine patuerit, servus quidem vel libertate donatus bestiis primo quoque munere obiiciatur, liber autem sub hac forma in ludum detur gladiatorium, ut, antequam aliquid faciat, quo se defendere possit, gladio consumatur. Eos autem, qui pro hoc crimine iam in metallum dati sunt, numquam revocari praecipimus.*

²² Ulp. D. 47,14,1; Vö.: PS: 5,18,2; Coll.: 11,2; 11,6,1; 11,7,1.

²³ Ulp. D.48,19,8,11: *Quicumque in ludum venatorium fuerint damnati, videndum est, an servi poenae efficiantur: solent enim iuniores hac poena adfici.*

²⁴ Quint. Decl. 9,21: „... in ludo fui – morabar inter sacrilegos, incendiarios et homicidas.”

²⁵ Macer. D. 48,19,12: *Quod ad statum damnatorum pertinet, nihil interest, iudicium publicum fuerit nec ne: nam sola sententia, non genus criminis spectatur. Itaque hi, in quos animadverti iubetur, quive ad bestias dantur, confestim poenae servi fiunt.*

²⁶ Gai. D. 48,19,29: *Qui ultimo supplicio damnantur, statim et civitatem et libertatem perdunt. Itaque praeoccupat hic casus mortem et nonnumquam longum tempus occupat: quod accidit in personis eorum, qui ad bestias damnantur. Saepe etiam ideo servari solent post damnationem, ut ex his in alios quaestio habeatur.*

nyilvánított rabszolgát csak akkor lehetett a vadállatok elé vettetni, ha ezt bírósági ítélet is helybenhagyta.²⁷

Ha szökött rabszolgák jelentkeztek az arénában való harcra, Antoninus Pius (138–161) rendelkezése szerint nem kerültek ki uruk *potestas*a alól, hanem vissza kellett őket adni a tulajdonosuknak, akár a vadállatokkal való viadal előtt, akár utána. Ezt a császár azzal indokolta, hogy az ilyen rabszolgák vagy pénzt sikkasztottak, vagy valamilyen súlyosabb bűncselekményt követtek el, és a felelősségre vonás vagy a büntetés elkerülése céljából, inkább az arénában léptek fel.²⁸

Ezek szerint, ha a játékok rendezéséhez megfelelő résztvevőkre volt szüksége a *magistratus*nak, elment a meghatározott börtönbe, hogy adják ki neki az így elítélteket. Ha ezt megengedték, akkor a játékrendező vagy közvetlenül a vadállatok elé vetette a bűnözőket, vagy egyéb módon léptette fel őket az arénában.²⁹ A jogszolgáltatás gondoskodott róla a városokban, hogy a játékokra megfelelő számú elítélt jusson. Ha egy helyen nem volt elegendő elítélt, akit az arénába lehetett volna küldeni, a játékot rendező elutazott más városokba, hogy a kellő számú résztvevőt összegyűjtse,³⁰ vagy a gladiátoriskolákból szerezte be a hiányzó bajvívókat.

I. Constantinus (306–337) megpróbálta a gladiátorharcokat beszüntetni, és ezért azokat, akiket ilyen viadalra ítélték volna, helyette bányamunkára küldték.³¹ I. Valentinianus (364–375) megtiltotta, hogy a keresztényeket és udvari embereket valamilyen vétség miatt gladiátoriskolába adják,³² míg Honorius (395–423) végleg megtiltotta a gladiatori küzdelmek rendezését.³³ Állatviadatok tartását azonban továbbra sem korlátozták, ezért az *ad bestias* büntetéssel még

²⁷ Mod. D. 48,8,11,2: *Post legem Petroniam et Senatusconsulta ad eam legem pertinentia dominis potestas ablata est, ad bestias depugnandas suo arbitrio servos tradere; oblato tamen iudici servo, si iusta sit domini querela, sic poenae tradetur. A lex Petronia keletkezési ideje vitatott. Gellius nyomán (Gell. 5,14) arra lehet következtetni, hogy a törvény már Tiberius korában létezett. Vö. FRIEDLÄNDER: i. m. 225.*

²⁸ Tryph. D. 11,4,5: *Si in arenam fugitivus servus se dederit, ne isto quidem priculo discriminis vitae tantum sibi irrogato potestatem domini evitare poterit; nam divus Pius rescripsit, omnimodo eos dominis suis reddere, sive ante pugnam ad bestias, sive post pugnam, quoniam interdum aut pecunia interversa, aut commisso aliquo maiore maleficio ad fugiendam inquisitionem vel iustitiam animadversionis in arenam se dare mallent; reddi ergo eos oportet.*

²⁹ Vö. MOMMSEN: *Römisches Strafrecht*. 927. p.

³⁰ KAHRESTEDT, U.: *Kulturgeschichte der römischen Kaiserzeit*. München 1944, 299. p.

³¹ CTh. 15,12,1 (325): *Cruenta spectacula in otio civili et domestica quiete non placent. Quapropter, qui omnino gladiatores esse prohibemus eos, qui forte delictorum causa hanc condicionem adque sententiam mereri consueverant, metallo magis facies inservire, ut sine sanguine suorum scelerum poenas agnoscant.*

³² CTh. 9,40,8 (365): *Quicumque christianus sit in quolibet crimine deprehensus, ludo non adiudicetur. Quod si quisquam iudicum fecerit, et ipse gravius notabitur et officium eius multae maximaee subiacebit.*

³³ A gladiátorviadatok betiltásának időpontja bizonytalan, de minden esetre Honorius uralkodása alatt, az V. sz. elején következett be. Lásd SCHNEIDER: i. m. 772. p.

Iustinianus (527–565) *Institutió*iban is találkozhatunk.³⁴ Ezeket a rendeleteket szem előtt tartva megállapíthatjuk, hogy a iustinianusi kodifikációba felvett töredékekben nagy valószínűség szerint azért csak a *condemnatio ad bestias* fordul elő, mert a gladiátorharcok megszüntetése következtében az *ad gladium* és *ad ludum* büntetéseket a kompilátorok kihúzták a szövegekből.

Míg egyrészt büntetőjogi szabályok alapozták meg, hogy kiből legyen gladiátor, másrészt azt is a büntetőjog szigorával próbálták megakadályozni, hogy a társadalom felsőbb rendjeihez tartozó személyek gladiátornak álljanak. Gladiátorok ugyanis nemcsak kényszerből harcolhattak a nézők szórakoztatására, számosan önként jelentkeztek, hogy életüket az arénában tegyék kockára. Ezeket nevezték *auctoratus*oknak.

A jelentkezők többsége az alsóbb osztályokhoz tartozott: vagy felszabadítottak voltak, vagy egykori rabszolgák fiai. De szép számmal akadtak olyan lovagok is, akik gladiátornak szegődtek. A polgárháború ugyanis sok római polgár egzisztenciáját megingatta, sokan elszegényedtek. Ezért egyes ifjak a lovagok soraiból – hogy megélhetésüket biztosítsák – *auctoratus*nak, álltak. Ha a felsőbb rendekből valaki gladiátorként lépett fel, az ugyanolyan *status*ához méltatlan magatartást követett el, mintha színésznek állt volna.³⁵

A lovagi ifjúság ilyen módon való lezüllesztését jogi eszközökkel is próbálták megakadályozni, ezért a Kr. e. I. század végén több szenátusi határozat született, mely a szenátorokat és lovagokat tiltotta el a gladiátorként való fellépéstől.³⁶ Valószínűleg ezekre a korábbi tilalmakra vonatkozó adatot találunk Suetoniusnál: „a két nemesi rendből való elvetemült fiatalok pedig önként vállalták a szégyenletes büntetést, csak hogy a *senatus* határozata meg ne gátolhassa nyilvános fellépésüket a színházban vagy az arénában.”³⁷

Mit tehettek ezek az ifjak, mellyel a *senatus* tekintélyét csorbították, hogy megkerüljék a korábbi rendeleteket? A *lex Roscia* és a *lex Iulia theatralis* szerint a lovagi rendbe tartozóknak privilégiumuk volt arra, hogy a színházban az első tizennégy sorban üljenek.³⁸ A korábbi *senatus consultum*ok úgy rendelkeztek, hogy akinek privilégiuma volt arra, hogy az első tizennégy sorban üljön, azok nem léphettek fel a színházban vagy az arénában, ha ezt mégis megtették, büntetésük nagy valószínűség szerint száműzetés volt. Mivel erről a privilégiumról nem lehetett lemondani, sőt akkor sem veszítették el ezt a jogot, ha a lovagi rendtől megkövetelt 400.000 *sestertius* alá csökkent a vagyonuk,³⁹ ezért

³⁴ I. 1,12,3: *Servi autem poenae efficiuntur, qui in metallum damnatur et qui bestiis subiciuntur.*

³⁵ GRANT, M.: *Die Gladiatoren*. Stuttgart 1970, 28. p.

³⁶ Dio 43,23,5; 48,43,3; 54,2,5.

³⁷ Suet. Tib. 35,2 (Kis Ferencné ford.).

³⁸ Vö. ROTONDI, G.: *Leges publicae populi Romani*. Hildesheim 1966, 374, 462. p.

³⁹ Bár a privilégiumról való lemondás lehetetlensége közvetlenül nem bizonyított, mégis következik ez abból, hogy a *senatus consultum* 12. sorában is leírt, a következőkben ismertetett eljárást kellett végrehajtania annak, aki ezt a jogát el szeretne volna veszíteni. LEBEK, D.: Das SC der Tabula Larinas: Rittermusterung und andere Probleme, *ZPE* 85 (1991), 42. p.

csak a jog kijátszásával tudtak az elszegényedett ifjak az arénában vagy a színházban keresethez jutni. Ez pedig a következőképpen történt: ha valaki becsületcsökkenést szenvedett, melyet bíróság mondott ki, úgy egyéb jogok mellett elvesztette a *ius sedendi in equestribus locis*-t is. Ha ezt elvesztették, felléphetek az arénában anélkül, hogy a száműzetéstől kellett volna tartaniuk.⁴⁰ Ezért elegendő volt, ha valaki pl. egy kisebb lopást követett el, ami miatt elmarasztalták, máris becsületcsökkenést „szenvedett”, amely lehetővé tette számára, hogy megszabadulva a színházban biztosított ülőhelyétől, színésznek vagy gladiátor-nak szegődjön el. A becsületvesztés pedig a száműzetéshez képest jelentéktelen büntetésnek számított. Erre a cselre jött rá a *senatus* is, és hozott újabb határozatot Kr. u. 19-ben. Ez volt a SC Larinarum.⁴¹

A *senatus consultum* szerint a lovagok és tágabb rokonságuk nem lehettek olyan szerződések alanyai, melynek alapján színpadon, vagy gladiátorként lép-nének fel, vagy vadállatokat kellene ölniük, vagy bármilyen más, ezzel kapcsolatos kiegészítő cselekményt (*simile ministerium*) végezniük.⁴² A határozat kiját-szása ellen a *senatus* úgy próbált védekezni, hogy a *senatus consultum*ban a potenciális munkaadókat, azaz a *lanistákat* és a játékot rendező *magistratus*okat is eltiltották a szerződéskötés lehetőségétől, s bár rájuk nem helyeztek kilátásba kifejezett büntetést, a határozat mégis jogalapot szolgáltatott a *senatus*nak büntetés kiszabására, valamint az ily módon tilalom ellenére kötött szerződések érvénytelensége is visszatartó erő lehetett.⁴³ Ezen kívül a *senatus* a határozat szövegébe foglalt *contra dignitatem ordinis sui faceret* kifejezéssel mindenféle olyan cselekményt a rendelet hatálya alá vont, ami a két felső rend tekintélyét sértette volna, tehát azt is, ha valaki becsületcsökkenést szenvedve elvesztette ülőhelyét a színházban.⁴⁴

eljárást kellett végrehajtania annak, aki ezt a jogát el szeretne volna veszíteni. LEBEK, D.: Das SC der Tabula Larinas: Rittermusterung und andere Probleme, *ZPE* 85 (1991), 42. p.

⁴⁰ Ez hasonlít ahhoz, ahogyan a *lex Iulia de adulteriis coercendis*-t kijátszották az előkelő római nők. Augustus e családügyi törvénye szigorúan – hozomány elvesztése, a vagyon egy részének elkobzása az állam javára, száműzetés – büntette a házasságtörést és minden polgárnak megadta a jogot, hogy feljelentést tegyen, ha tudomására jutott egy ilyen cselekmény. A törvény csak tisztességes asszonyokra vonatkozott, prostituáltakra nem. Ezért egyes előkelő férjes római asszonyok bejegyeztették magukat az *aedilis curuliseknél*, akik a prostituáltak (*meretrix*) névjegyzékét (*licentia*) vezették. Vö. Suet. Tib. 35,2.

⁴¹ Ez a SC arról kapta a nevét, hogy a bronztáblát, melyen a határozat szövege szerepel, az antik Larinum helyén találták meg. A lelet egészen új keletű, nyomtatásban először 1978-ban Mariano Malavolta publikálta (A proposito del nuovo s.c. da Larino, in: Sesta Miscellanea greca e romana, Studi pubbl. dall' Ist. ital. per la storia antica 27, Roma [1978], 347–382. p.). A felíratot többen rekonstruálták, de máig kutatás tárgyát képezi. A szövegét lásd LEBEK, D.: Standeswürde und Berufsverbot unter Tiberius: Das SC der Tabula Larinas, *ZPE* 81 (1990), 60–61. p.

⁴² SC Larinarum 7–11. sor.

⁴³ SC Larinarum 10–11. sor; LEBEK: *Standeswürde und Berufsverbot unter Tiberius*. 74. p.

⁴⁴ SC Larinarum 14–15. sor; LEBEK: *Standeswürde und Berufsverbot unter Tiberius*. 92. p.

A szankció pedig az volt, hogy ha valaki a határozatban megnevezettek közül rendjének méltóságát megsértette, az nem vehette igénybe a legjelentősebb, állam által is előnyben részesített temetkezési vállalkozást, a *libitinát*.⁴⁵ Kivételeket is megállapított azonban a *senatus*. Nem lehetett azokat ezzel a szankcióval sújtani, akik már korábban – a rendelet megszületése előtt – a színpadon vagy az arénában vállaltak fellépést, vagy akik színész, gladiátor, *lanista* vagy kerítő gyermekei voltak.⁴⁶

Miután a játérendezőnek sikerült beszereznie a kellő számú gladiátort és vadállatot, megrendezhette a játékokat. A játékokon büntetőjogi szempontból annak volt jelentősége, hogy az elítélt bűnözőkből lett gladiátorok számára a viadalok lényegében a büntetés végrehajtását jelentették. Ez a végrehajtási mód Coleman szerint ellentmondott a büntetés egyik céljának, az elrettentésnek, hiszen itt az elítéltek végpercei a nézők szórakozási vágyát elégitették ki.⁴⁷

Az *ad bestias* és az *ad gladium* elítéltek harca merőben különbözött a valódi gladiátorviadaloktól, hiszen ebben az esetben nem beszélhetünk a felek közti egyenlő küzdelemről. A vadállatok elé vetéssel büntetett gonosztevőket vagy egyszerűen a vadállatok elé dobták, vagy úgy is kivégezhették, hogy az elítéltek olyan mitológiai szereplők sorsát játszották el az arénában, akikkel a történet szerint valamilyen vadállat végzett.⁴⁸ Az *ad gladium* elítéltek kivégzésére délben került sor. A bűnözőket csaknem meztelenül vetették az arénába, nyakukba egy táblát függesztettek, melyre ráírták a büntetés okát (*causa poenae*).⁴⁹ Seneca szemléletesen mutatja be egyik levelében a délben történő kivégzések eltérését a valódi gladiátorküzdelmekről.⁵⁰ Az *ad gladium* elítéltek ugyanis sem a védekezést szolgáló megfelelő felszereléssel, sem előképzettséggel nem rendelkeztek, a harcra pedig a pálya szélén lévő szolgák ostorral kényszerítették őket. Az öldöklés addig folyt, míg mindenki elnyerte büntetését, a halált. Aki ugyanis legutolsónak maradt életben, azt vagy leszúrták, vagy tartalékba tették, hogy a legközelebbi látványosságokon felléptessék.

A gladiátoriskolára ítélték esetében nem beszélhetünk a halálbüntetés végrehajtásáról, hiszen mint korábban említettem, nekik lehetőségük volt arra, hogy büntetésüket letöltve, ismét szabaddá váljanak. Az így elítéltek számára a nyilvános küzdelem csak egy részét képezte büntetésük végrehajtásának.

⁴⁵ SC Larinarum 15. sor. A szankció azért jelenthetett megfelelő visszatartó erőt, mert a gazdagok és előkelők megfelelő pompával történő temetési menetének megszervezésére és végtisztességének megadására csak Libitina istennő templomának papjai voltak jogosultak. Vö. LATTE, K.: *Libitina*; WICKERT, L.: *Libitinarii*, RE 13/1 (1926), 113–114. p.

⁴⁶ SC Larinarum 15–16. sor.

⁴⁷ COLEMAN, K. M.: Fatal Charades: Roman executions staged as Mythological enactments, JRS 80 (1990), 48. p.

⁴⁸ Ld. pl. Mart. Lib. spect. 7.

⁴⁹ KYLE, G. D.: *Spectacles of death in ancient Rom*. New York 1988, 53. p.

⁵⁰ Sen. Ep. 7,2-6.

Az arénában azonban nemcsak a porondon volt szükség a büntetőjog segítségére, hanem a nézők körében is, hiszen Rómában a szurkolók erőszakos cselekedetei éppen úgy elharapóztak, mint a mai futballmérkőzéseken. Így pl. Tacitus beszámol róla, hogy Kr. u. 59-ben Pompeiben gladiátorviadalt rendezett Livineius Regulus. A látványosság ide vonzotta Nuceria lakosait is. A két város lakossága először egymást csúfolta, majd hatalmas, véres verekedés támadt közöttük, aminek sokan áldozatul estek. Ekkor a *senatus* határozatot hozott, melyben a pompeiieket tíz évre eltiltotta a látványosságok látogatásától, Livineius és a zendülés kirobbantóit pedig száműzték.⁵¹

A notórius rendbontókkal szemben ugyanazt a büntetést alkalmazták, mint manapság, tehát a *praefectus urbi* vagy meghatározott időre vagy véglegesen kitiltotta őket Rómából, vagy csak a játékok látogatásától tiltotta el őket.⁵²

Ha a nézőtéren előfordult verekedések testi sérelemmel jártak, a sértett *iniuria* miatt perelhetette be a tettest. Ezt a *delictumot* már a XII táblás törvény is tartalmazta, amely a sérülés súlyosságától függően táliót és tarifális büntetést írt elő.⁵³ Ezek a szabályok azonban lassanként elavultak, és a *praetor edictumában* *actio iniuriarumot* adott a sérelmet elszenvedő félnek. Ennek alapján egy *aestimatio*s eljárással – a sértett által megállapított pénzüsszeg határain belül – az esküdtbíró állapította meg a büntetés mértékét.⁵⁴

Kr. e. 81-ben a Sulla által alkotott *lex Cornelia de iniuriis* szerint *crimennek* minősült a *verberatio* és a *pulsatio*, azaz más ütlegetése illetőleg meglökése.⁵⁵ Ezen esetek elbírálása a *quaestio de iniuriis* elé tartozott, amely pénzbüntetést szabott ki.⁵⁶

A klasszikus korban alakult ki a személysértés egy speciális formája, amelyet súlyosságánál fogva *atrox*nak neveztek. Az *iniuria* akkor is *atrox*nak minősült, ha azt a játékokon követték el.⁵⁷ Ennek pedig az volt a jogkövetkezménye,

⁵¹ Tac. Ann. 14,17.

⁵² Ulp. D. 1,12,1,13: *Et urbe interdicere praefectus urbi et qua alia solitarum regionum potest, ... interdicere poterit et spectaculis.*

⁵³ XII tab. 8,2: *Si membrumrupsit, ni cum eo pacit, talio esto*; Paul. Coll. 2, 5, 5: *Manu fustive si eos fregit libero, CCC, si servo, CL poenam subit sestertiorum*; XII tab. 8, 4: *Si iniuriam alteri faxsit, viginti quique poenae sunt.*

⁵⁴ Vö. PÓLAY E.: A személyiség polgári jogi védelmének történetéhez. *Iniuria-tényállások a római jogban. Acta Jur. et Pol. Szeged*, 30 (1983), 52.

⁵⁵ Ulp. D. 47,10,5 pr.: *Lex Cornelia de iniuriis competit ei, qui iniuriarum agere volet ob eam rem, quod se pulsatum verberatumve ... esse dicat.*

⁵⁶ A *Sententiarum libri* (PS. 5,4,8) tanúsága szerint a *crimen iniuriae* büntetése a posztklasszikus korban száműzetés, illetőleg bányamunkára vagy közmunkára ítélet volt: „... *poena vindicetur exilii aut metalii aut operis publici.*” Arra nézve azonban semmilyen utalás sincs a forrásokban, hogy Sulla milyen büntetést írt elő eredetileg a bűncselekmény elkövetőivel szemben. Így többen elképzelhetőnek tartják már ebben a korban is a száműzetést, de valószínűbbnek látszik, hogy ekkor még csak pénzbüntetést alkalmaztak. Vö. SÁRY P.: A *lex Cornelia de iniuriis*. *PUM* 20/1 (2002), 148–149. p.

⁵⁷ Ulp. D. 47,10,7,8: *Atrocem autem iniuriam aut persona, aut tempore, aut re ipsa fieri Labeo ait. ... Tempore si ludis...*

hogy ezekben az esetekben a *praetor* állapította meg a büntetés összegét, s a bíró, habár ennél kevesebbre is maraszthalhatott, a *praetor* tekintélye miatt elméletileg nem csökkentette az összeget.⁵⁸

Mivel a játékokon általában Róma lakosságának nagyobb része megjelent, a legjobb alkalom kínálkozott arra, hogy valamilyen közismert személyiséget, *magistratus* vagy akár magát a császárt kigúnyolják. Ilyen esetekben a sértettek szintén *iniuria* miatt indíthattak eljárást a gúnyolóddal szemben. A *magistratus* ellen elkövetett *iniuria* Gaius és Ulpianus szerint *iniuria atrocior*-nak minősült,⁵⁹ Quintilianus véleménye szerint viszont e cselekmény felségsértésnek számított.⁶⁰ A császár kigúnyolása már egyértelműen felségsértés volt. E bűncselekmény esetén ugyanis nem határozták meg konkrétan az egyes tényállásokat, vagyis azt, hogy mely tettek minősülnek felségsértésnek, ezért a császárok szabadon nyilváníthattak annak valamely tettet, hiszen őket csak saját lelkiismeretük ellenőrizte.⁶¹ Ezért a nézőtérben tartózkodó besúgók a nézők arckifejezését is vizsgálták, hogy a császár egyes megnyilvánulásaira hogyan reagálnak.⁶²

A gladiátorviadalokra vonatkozó szabályozásból kitűnik, hogy a rómaiaknál a tömegek szórakozási vágyának kielégítését – még ezt a kegyetlen látványosságot is – meghatározott jogi keretek közé szorították, így az esetlegesen felmerülő konfliktusokból adódó problémákat ezen a területen is megfelelő jogalapra hivatkozva tudták rendezni.

⁵⁸ Gai. 3,224: *Sed cum atrocem iniuriam praetor aestimare soleat, si simul constituerit, quantae pecuniae eo nomine fieri debeat vadimonium, hac ipsa quantitate taxamus formulam, et iudex, qui possit vel minoris damnare, plerumque tamen propter ipsius praetoris auctoritatem non audet minuere condemnationem.*

⁵⁹ Ulp. D. 47,10,7,8: *Persona atrocior iniuria fit, ut cum magistratui ...*

⁶⁰ Quint. Inst. or. 5,10,39.

⁶¹ MORLIN, E: *A felségsértés a rómaiaknál*. Bp. 1882, 92–93. p. Így pl. Domitianus egy családpárt azért vitetett a nézőtérre az arénába és dobott a kutyák elé, mert az egy thrák bajvívóról azt a kijelentést tette, hogy „a mirmillóval csak megbirkózik, a játékrendezővel azonban soha.” Suet. Dom. 10 (Kis Ferencné ford.).

⁶² Vö. NIEPPEL, W.: *Aufbruch und „Polizei“ in der römischen Republik*. Stuttgart 1988, 165, 166. p.

MAGDOLNA GEDEON

DIE STRAFRECHTLICHEN BEZIEHUNGEN DER GLADIATORENSPIELE IM ANTIKEN ROM

(Zusammenfassung)

Im republikanischen Rom entwickelten sich die Gladiatorenspiele zum wichtigsten Bestandteil des Wahlkampfes jedes Magistrats. Es konnte am ehesten jener Wahlbewerber mit dem Sieg rechnen, der den Wählern mit den prächtigsten Spielen Unterhaltung bot. Um dem ruinösen Treiben ein Ende zu gebieten, wurde es versucht, im Wege der Gesetzgebung den Wettbewerb zu beschränken. Eine ist von diesen Beschränkungen bezüglich des Strafrechts, die Hingabe eines Geschenkes für eine Stimme unter den Sachverhalt des *ambitus* gezogen wurde, und ein Gladiatorenspiel galt als ein Geschenk. Die andere strafrechtliche Beschränkung war 63. v. Chr. die *lex Tullia de ambitu*, nachdem niemand in den 2 Jahren vor der Wahlbewerbung ein Gladiatorenspiel veranstalten durfte, ausgenommen, wenn jemand darauf im Testament verpflichtet worden ist.

Wenn jemand sich entschied, ein Gladiatorenspiel zu geben, musste er vor allem die Fechter besorgen. Das Strafrecht war auch am diesen Gebiet hilfreich, nachdem die meisten von den Gladiatoren rekrutierten sich aus Verurteilten.

Das Urteil konnte lauten: *condemnatio ad gladium, ad bestias, ad ludum gladiatorium* und *ad ludum venatorium*. Die *ad gladium* oder *ad bestias* verurteilten Verbrecher sind binnen 1 Jahr ohne Vorbildung zu kämpfen geschickt worden. Die zum ludus verurteilten Verbrecher, die zuerst in den Gladiatorschulen in einer Vorbildung beteiligt worden sind, falls sie so lange am Leben blieben, erhielten nach drei Jahren die *rudis*, das hölzerne Rapier, womit Befreiung vom Auftreten in der Arena verbunden war, und nach fünf Jahren den *pileus* als Zeichen gänzlicher freilassung.

Wir haben viele Quellen, die uns überliefern, welche Verbrecher *ad bestias* verurteilt wurden: die Sakrilegien, staatsfeindliche Straftaten, Menschenmord begingen, und die Christen. Die *condemnatio ad gladium* finden wir in den Quellen aber nur hinsichtlich der abigei, die *condemnatio ad ludum* hinsichtlich der *plagiarii*. Höchstwahrscheinlich wurden diejenigen *ad gladium* verurteilt, die *ad bestias*, hing es davon ab, ob ein Tierhetzen in der Zukunft veranstaltet wurde. *Ad ludum* wurden auch diejenigen verurteilt, die *ad bestias*, aber nur jene Verbrecher, die zu dem Kampf geeignet waren.

Ein bedeutender Teil der Gladiatoren rekrutierten sich aus freiwilligen Bewerbern. Hinsichtlich der freiwilligen Gladiatoren wurden mehrere Betsimmungen erlassen, die zu verhindern versuchten, dass junge Männer oder

Frauen der oberen Stände als Gladiatoren auftraten. Wenn sie trotzdem als Gladiatoren auftraten, erlitten sie wahrscheinlich Verbannung. Deshalb versuchten sie diese Normen zu umgehen.

In den früheren Senatsbeschlüssen betraf das Verbot die Personen der oberen Stände, die durch die *Lex Roscia* und danach durch die *Lex Iulia theatralis* festgelegtes Privileg hatten, bei öffentlichen Darbietungen von den vierzehn vorderen Reihen der Theater zuzuschauen. Dieses Sitzprivileg konnte nur dann aufgegeben werden, wenn seine Inhaber Bescholtenheit erlitten. Deshalb wenn die junge Leute als Gladiator oder Schauspieler auftreten wollten, sollten sie nur ihre Unbescholtenheit durch eine Verurteilung verloren. So verloren sie auch das Sitzprivileg, und sie konnten sich straflos einem der verpönten Gewerbe zuwenden. Diese juristische Kniff wurde aber auch durch dem Senat durchgeschaut, und fasste der Senat 19 n. Chr. ein *SC*, das *SC Larinarum*. Dieser Beschluss bestimmt eindeutig, wer nicht als Gladiator oder Schauspieler auftreten darf, und traf die Sanktion diejenige Personen auch, die wegen Bescholtenheit das Sitzprivileg verloren hatten. Wenn jemand sich gegen den Beschluss verhielt, konnte der nicht mehr die *libitinarii*, also die staatlich lizenzierten Begräbnisunternehmer in Anspruch nehmen.

In den Amphitheatren galten auch strafrechtliche Normen: Für die *ad bestias* und *ad gladium* Verurteilten bedeuteten die Spiele die Hinrichtung. Was das Publikum anlangt, gab es viele Vorschriften:

- die Verletzung von Zuschauern wurde als *iniuria*, *iniuria atrox* beurteilt, nach der *lex Cornelia de iniuriis* waren die *verberatio* und *pulsatio crimina*;
- der *praefectus urbi* hatte das Recht die gefährliche Elemente auszuweisen; (die Verfügungen von dem *praefectus urbi* entsprechen den heutigen sportrechtlichen Regelungen);
- die Verspottung von Beamten oder des Kaisers galten als *iniuria atrox* und Majestätsbeleidigung.

Wir können feststellen, dass die Römer versuchten, auch das Gebiet der Volksbelustigung mit den Rechtsnormen zu regeln.

HAMZA GÁBOR

Bizánci és nyugat-európai jogi hagyományok a román magánjog fejlődésében

1. Az európai magánjog történetével, illetve a magánjog területén a jogösszehasonlítással foglalkozó munkák szerzői igen kevés figyelmet fordítottak a közép-kelet-európai országokra. Paul Vinogradoff az 1909-ben kiadott *Roman Law in Medieval Europe* című művében kizárólag a római jog franciaországi, angliai és németországi továbbélését vizsgálja. Ez azért különös, mert a romanista szerző Oroszországban végezte tanulmányait, és az orosz jogot is, különösen annak római jogi (bizánci) alapjait jól ismerte. Paul Koschaker az első kiadásban, 1947-ben publikált, négy kiadást is megért alapvető jelentőségű munkájában az *Europa und das römische Recht* című művében szinte teljes mértékben figyelmen kívül hagyja az európai kontinens keleti felén élő népek jogfejlődését. Federigo Calasso, az 1954-ben kiadott *Medio Evo del diritto* című művében egyedül a római jog csehországi recepciójáról ír. Calasso munkájában még csak említést sem nyernek a közép-kelet-európai jogrendszerek. Franz Wieacker az első kiadásban 1952-ben publikált *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* című művében szintén csak említésszerűen foglalkozik a fenti népek jogával. Ugyanez vonatkozik a jogösszehasonlítás történetét és jelenét ábrázoló munkák szerzői tollából származó művekre.

Sajátos módon a XIX. században nagyobb volt az érdeklődés a közép-kelet-európai népek jogfejlődése iránt, mint az azt követő évszázadban. Példaképp említhetjük Romauld Hubét, aki Friedrich Carl von Savigny tanítványa volt Berlinben. Hubé 1868-ban publikált tanulmányában részletesen foglalkozik a római jog és a *ius Graeco-Romanum* továbbélésével a szláv népeknél. Ez a munka 1880-ban *Droit Romain et Gréco-Byzantin chez les peuples slaves* címmel jelent meg. Utalhatunk továbbá Karl Eduard Zachariae von Lingenthal *Geschichte des griechisch-römischen Rechts* című munkájára, amelyben a Balkán-félsziget államainak jogát is áttekintette. Zachariae von Lingenthal ebben a művében a dunai (román) fejedelemségek jogára is tekintettel volt. Ebben természetesen az játszott döntő szerepet, hogy mind Moldvában, mint pedig Havasalföldön a római jog (*ius Graeco-Romanum*) Bizánc közvetítésével

továbbélt. A továbbélésre a folyamatosság, a kontinuitás volt jellemző. A továbbélés megszakítatlanságára tekintettel ma is, a XXI. század első évtizedében különös figyelemre tarthat számot e fejedelemségek, illetve az azokat felváltó Románia magánjoga.

2. A román (dunai) fejedelemségek – melyek a XIV. században nyerték el államiságukat – jogának forrását a világi és orthodox egyházi jogot egyaránt magukban foglaló nomokanonok mellett a részben írásba is foglalt bár *ius non scriptum*nak nevezett szokásjog (*ius valachicorum* illetve *ius valachicum*) képezte, amely elsősorban a családi jog, a tulajdonjog (dologi jog) és az öröklési jog területén a római jog hatását tükrözte.

Mind Havasalföldön (Havaselve – románul: *Tara Romaneasca, Muntenia*) mind Moldvában ismertek voltak a bizánci jog, pontosabban görög-római jog (*ius Graeco-Romanum*) forrásai, így az *Eklogé ton nomon*, a *Nomos Georgikos*, a *Procheiron*, az *Epanagogé* és végül a legjelentősebb jogforrás, a *Basilika* is.¹

Az *Eklogé tón nomón* 18 fejezetből áll és (Isuarii) III. Leó bizánci (kelet-római) császár hirdette ki törvénykönyvként. Ez a törvénykönyv a magánjog és a büntetőjog leglényegesebb szabályait foglalta magában. A házassági jog egyértelműen a keresztény szellemben átalakított római jogon alapult. Ugyanebből az időből származik három, magánjellegű törvénygyűjtemény is: a *Nomos georgikos*, a *Nomos nautikos* és a *Nomos stratikos*. E három gyűjtemény közül a *Nomos georgikost* alkalmazta a későbbi joggyakorlat, s így a későbbi jogfejlődésre is ez a gyűjtemény gyakorolta a legnagyobb hatást. Ez a földet és a paraszti életviszonyokat szabályozó törvénygyűjtemény valószínűleg már a szláv szokásjogot is tartalmazta. Az első, a Macedóniai-dinasztiából származó császár, I. Basileios (867–886) adott utasítást a korábban hatályos joganyag összegyűjtésére, amelynek révén a korábbi jogot is „megtisztították” volna (*anakatharsis ton palaion nomon*). E törekvés jegyében került sor egy új törvénykönyv, a *Procheiron* kibocsátására, mely eszközül szolgált volna a iustinianusi joghoz való visszatéréshez. A 40 fejezetből álló *Procheiron* azonban valójában az *Ekloge ton nomon* szabályait tartalmazta kiegészítésekkel és csekély számú módosítással. Ugyancsak a IX. század utolsó harmadából származik Phótios pátriárka *Epanagoge* című munkája. Az *Epanagoge* valójában a *Procheironra* épül, és azt csak annyiban egészíti ki, hogy a bevezető részében két olyan fejezetet foglal magában, amelyekben a világi és egyházi hatalom egymáshoz való, harmonikus viszonyát (*symphonia*) fejti ki. Az *Epanagoget* nem hirdették ki, ennek ellenére jelentőségére tekintettel a jogalkalmazó figyelemmel volt rá. VI. (Bölcs) Leó (886–912) bizánci (kelet-római) császár folytatta az atyja által megkezdett kodifikációs munkát. A 60 könyvet tartalmazó *Basilika*, amelyet a későbbiekben novellák és scholionok egészítettek ki, a teljes jogrendszert egy törvényműben (egységes rendszerben)

¹ A Kelet-római Birodalom jogfejlődésére nézve lásd FÖLDI A. – HAMZA G.: *A római jog története és intézményei*. 8. átdolg. és bőv. kiadás, Budapest, 2003. 105. sk. p.

– eltérően a iustinianusi kodifikációtól, amely nem egy, hanem több, egymástól független részből tevődött össze – foglalta össze. A *Basilika* alkotta a Bizánci (Kelet-római) Birodalom jogrendszerének alapját egészen 1453-ig, a birodalom bukásáig. A *Basilikával* csaknem egy időben került sor az orthodox egyházi jog kodifikálására a sokáig Phótios pátriárkának *Nomokanon* című műben.

A *Procheiron* és a *Basilika* alkották a Kelet-római Birodalomban a hatályos jog alapját. Tudományos igényű továbbfejlesztésükre nem került sor. A gyakorlat oldaláról magánszemélyek foglalkoztak ezekkel a jogforrásokkal és rövidített formában is közzétették ezeket, azonban kommentálásukra csak a legritkább esetben került sor. Említést érdemel Eustatios *Peirája*, továbbá Michael Psellos *Synopsis*a. A Komnénosz-dinasztia idejéből származik a *Tipukeitos*, amely a *Basilikának* a kivonata, és csak annyiban bővebb annál, hogy az utolsó novellákat is magában foglalja.

A *Nomokanon* továbbélését illetően említést érdemel Zonaras és Aristinos kommentárja, valamint egy másik kommentár, amelynek szerzője Theodor Balsamon.

Ismert és alkalmazott jogforrás volt továbbá Matthaïos Blastarés *Syntagma kata stoicheion*ja (1335). A „stoicheion” szó jelentése görögül az ABC-nek felel meg. A mű azért viseli ezt címet, mivel a 24 betűből álló görög ABC-hez igazodva 24 fejezetre tagolódik. 1498-ban Nikolaus Kritopoulos a *Syntagma kata stoicheion*t újjörögre fordította le. Az újjörög változat azonban eltér az eredetitől, mivel a fordító Harmenopoulos Hexabiblosának egyes részeit is beépítette.

Különösen jelentős Konstantinos Harmenopoulos (thesszaloniki városbíró) *Hexabiblos*a (1345). A mű eredeti címe *Procheiron nomon* volt, ezért magyarul Kézikönyvnek is nevezik az irodalomban. Itt utalunk arra, hogy az orthodox egyházjog vonatkozásában alkalmazást nyert Harmenopulosnak a *Hexabiblos* kiegészítéseként közzétett, ugyancsak hat könyvből álló nomokanon-gyűjteménye. Ez utóbbi gyűjtemény, az *Epitomé ton Kanonon* címet viseli. A *Hexabiblost* 1744-ben Alexios Spanos lefordította újjörögre. Az újjörög változat nyomtatásban is napvilágot látott, ami jelentős mértékben hozzájárult a jogforrás még szélesebb körű ismertségéhez.

A bizánci jog hatással volt a szláv nyelvű joggyűjteményekre is. Matthaïos Blastarés *Syntagma kata stoicheion*jának hatása egyértelműen kimutatható az 1452-ben VI. Roman havasalföldi fejedelem² uralkodása idején, Tirgovistében, a vajda utasítására közzétett *Pravilában*. A bizánci jog elemei fedezhetők fel a Stefan cel Mare (Nagy István) moldvai vajda számára összeállított *Pravila velben* (Nagy Pravila) is. Az 1474-ben kibocsátott *Pravila vel* szerzője a bizánci jogot jól ismerő Gervasie, aki Blastaréshez hasonlóan szerzetes volt. Az

² A fejedelmeket Moldvában és Havasalföldön vajdának illetve hoszpodárnak nevezték. 1387-ben Moldvában a moldvai fejedelem címével kapcsolatos okiratban szerepel a *samodrzac* cím, amely a görög (bizánci) *autokratór* szláv megfelelője.

eredetileg szláv (ószláv) nyelven szerkesztett *pravilák* a XVI. és a XVII. század fordulójáig mindkét fejedelemségben a magánjog területén is a jog talán legjelentősebb forrásának számítottak, melyekben a görög–római jog kiemelkedő szerephez jut, igaz, sokszor nem közvetlenül, hanem bolgár, szerb, vagy éppen orosz közvetítéssel.³ A vajdák a *pravilák* kibocsátásával a jogegységesítést, a jog „konszolidálását” is célozták. A XVII. században román nyelven szerkesztett *pravilák* szerkesztői Havasalföldön és Moldvában egyaránt a vajdák „kancellárai” (*logofatok*), bár az első, 1560 és 1580 között román nyelven szerkesztett és Brassóban nyomtatásban is megjelent *pravila* (*Jeudi pravila*) szerzője szerzetes.

Manuel Malaxos újjörög nyelven szerkesztett, majd évtizedekkel később – 1619-et követően – románra is lefordított *Nomokanonja* (1561–1563), amely mindkét fejedelemségben az orthodox egyházi és a világi jognak egyaránt nagy tekintélyű forrása, több rendelkezésében is a *Nomos georgikosra* épít. Malaxos *Nomokanonja* Matthaïos Blastarés *Syntagma kata stoicheionjának* bővített és továbbfejlesztett változata, amely már nem egyszerűen a görög ábécé alfabetikus rendszerében 24 fejezetben illető, hanem tematikusan, bizonyos értelemben rendszerben tárgyalja az egyes jogintézményeket. Egyes nomokanonok a helyi szokásjog elemeit is magukban foglalták, azokat mintegy „hivatalos” jogforrásként elismerve.⁴ Ez vonatkozik például az 1645-ből származó, széles körben ismert és az orthodox egyház számára fontos iránymutatásul szolgáló, főleg Moldvában alkalmazott, még Andronache Donici (1760?–1829) 1814-ben publikált kézikönyvében (*Manual juridic*) is hivatkozott *Bakteria ton Archiereonra*. A *Bakteria ton Archiereont* lefordították Jasiban, Jakab metropolita kezdeményezésére román nyelvre, igaz, több mint egy évszázaddal később.

3. A havasalföldi fejedelemség magánjogának fejlődése szempontjából is kiemelkedő jelentőségű Matei Bazarab (1632–1654) havasalföldi vajda 1652-ben közzétett, terjedelmes, 417 fejezetből (*glava*) álló, román nyelvű nagy „törvénykönyve” (*Pravila cea mare*, vagy más néven *Indreptarea legii*). Az *Indreptarea legii* a büntető- és agrárjogon kívül már a magánjogot is szabályozza. Az *Indreptarea legii* egyik forrása Malaxos *Nomokanonjának* időközben román nyelvre is lefordított változata. A kódex szerkesztője tekintettel volt – bár erre az *Indreptarea legii*ben nincs utalás – Vazile Lupu hat

³ Itt utalunk arra, hogy Matthaïos Blastarés *Syntagma kata stoicheionját* IV. Iván orosz cár parancsára orosz nyelvre is lefordították a XVI. században. A szláv *Syntagma* szerkezete azonban eltér az eredetitől, mivel nem a görög, hanem a szláv ABC betűinek számához igazodik a fejezetek beosztása illetve száma.

⁴ DEMETRIOS (DIMITRIU) CANTEMIR moldvai fejedelem (1709–1711) 1718-ban kiadott *Descriptio Moldaviae* című művében „duplex inter Moldavos ius”-ról ír. A „megkettőződött” jogrendszer egyrészt az fratlan szokásjogból (*ius non scriptum, consuetudo*, románul – a szláv eredetű kifejezéssel – *obyczai*), másrészt a görög–római (bizánci) írott jogból (*ius scriptum*) tevődik össze.

évvel korábban közzétett kompilációjára is. Matei Bazarab e kódexnek (a kódex szót azonban nem e kifejezés modern értelmében használjuk) is tekinthető, a vajdaság fővárosában, Tirgovistében nyomtatásban is megjelentetett nomokánonját Olténia osztrák megszállása idején (1718–1739) latin nyelvre is lefordították *Regula legis voluntate divinae accomodata* (1722) címmel. A fordítást az indokolta, hogy ez a *nomokánon* a görög-katolikus románok életviszonyait is szabályozta. A *Pravila* előzményének tekinthető az 1632-ben kibocsátott *Pravila aleasca*. Másik, ugyancsak Bazarab fejedelem által közzétett, kisebb terjedelmű „kódex”, a *Pravila cea mică* kizárólag az orthodox egyházi jog intézményeit szabályozza.

Az 1714 és 1821 közötti időszakban Havasalföld politikai életét irányító fejedelmek – ez az úgynevezett fanarióta periódus – a jog vonatkozásában is a görög hagyományokat követték.

A XVIII. században a *Basilika*, a *Syntagma kata stoicheion* és a *Hexabiblos* mellett közvetlenül a iustinianusi „Institutiones” és a *Codex Iustinianus* szövegéből is merít a görög nyelven szerkesztett *Nomikon procheiron* című átfogó jogkönyv, illetve kódex-tervezet, melynek összeállítója, a Kiosz szigetéről származó tudós görög, Michael Photeinopulos, akit a „havasalföldi Bartolusnak” is neveznek. Photeinopulos azonban még nem volt tekintettel a korabeli európai jogtudomány és kodifikáció alakulására. Photeinopulos (Fotino) jogi tankönyve (latinul *Manuale legum* vagy *Promptuarium legum*), amely *Nomikon procheiron* címmel három változatban is megszerkesztésre került.⁵ Mindhárom, Photeinopulos szerkesztette változat (1765, 1766 és 1777) a havasalföldi fejedelemség jogának fejlődéséről is áttekintést ad.⁶ A hagyomány szerint a *Nomikon procheiron* első, 1765-ös változatát Michael Rakovica fejedelem ünnepélyesen kihirdette. A kihirdetés ellenére azonban a *Nomikon procheiron* e változatának kinyomtatására sem került sor.

A csupán kézirat formájában használatos *Nomikon procheiron*, vonatkozik ez a munka 1765-ös és 1766-os változataira, Havasalföldön évtizedeken keresztül nagy hatással volt a jogalkalmazásra.⁷

Az Alexandru Ion Ipsilanti fejedelem (1774–1782) megbízása alapján összeállított, 1780-ban publikált törvénygyűjtemény (románul *Mic Manual de*

⁵ A *Nomikon procheiron* 1777-es változata csak kéziratban maradt fenn, nem került kinyomtatásra. Ezt a változatot a görög római jogász és jogtörténész, Pan. I. Zepos adta ki Athénben 1959-ben. Zepos bevezető tanulmányában részletesen foglalkozik a mű keletkezésének történetével, forrásaival és hatásával a jogalkalmazásban.

⁶ Photeinopoulos jogi munkásságára nézve lásd Val. Al. Georgescu tanulmányát. In: *Nomicon Procheiron élaboré par Michel Photeinopoulos à Bucarest (1765–1777)*. Par Pan J. Zepos – Val. Al. Georgescu – A. Sifoniou. Athen, 1982. LIX–CIII. p. és uő: *Réalités roumaines et initiatives juridiques pnanariotes. A propos de l'échec de l'oeuvre codificatrice de Michel Fotino*. In: *Symposium l'époque phanariote*. 145 — Institute for Balkan Studies. Thessaloniki, 1974. 301–314. p.

⁷ Ipsilanti törvénytövének szerkesztője Photeinopulos *Nomikon procheiron*jából több szöveget szó szerint is átvett.

Leggi vagy *Pravila lui Alexandru Ipsilanti*, illetve *Pravilniceasca Condica*, görögül *Syntagmation Nomikon*) célja volt a Havasalföldön alkalmazott jog szabályainak konszolidálása. Bár ez a törvénygyűjtemény hivatalosan törvényerőre nem emelkedett, ezt a gyűjteményt Havasalföldön a román polgári törvénykönyv hatályba lépéséig a bíróságok alkalmazták.

Ion Gheorge Caragea fejedelem 1818-as törvénykönyve (görögül *Nomothesia*, románul *Legiurea*, illetve *Cod Caragea*) valójában a *Basilikának* a *Hexabiblos* rendszerét követő, rövidített változata. Ezt a görög nyelven szerkesztett kódexet egészen a román polgári törvénykönyv hatályba lépéséig többször is módosították.

4. A római jog, pontosabban a *ius Graeco-Romanum* hatásáról tanúskodik a XVII. században a görög származású Vazile Lupu (1634–1653) moldvai fejedelem 1646-ban közzétett, elsősorban büntetőjogi és – kisebb hányadban – magánjogi szabályokat tartalmazó törvénykönyvének (*Carte româneasca de învatura de la pravilele împaratești*) első része, amely a *Syntagma kata stoicheion*t és a *Nomos georgikost* foglalja magában. E román nyelvű, nyomtatásban is megjelent kompiláció – melynek szerzője, szerkesztője Eustratius kancellár (*logothet*) – forrásai között találjuk a neves jogász, Prospero Farinacci (1544–1618) híres, hét kiadást megért büntetőjogi enciklopédiáját, az 1581 és 1614 között írt *Praxis et theoria criminalist* is.⁸ Vasile Lupu kódexének első része a *Nomos georgikossal* kezdődik, amely a görög nyelvű kéziratokban a *Hexabiblost* követően helyezkedik el. A kódex második része döntően büntetőjogi rendelkezéseket tartalmaz, amelyek szintén a *ius Graeco-Romanum* hatását tükrözik.

A Moldvában uralkodó fejedelmek az 1711 és 1821 közötti időszakban – ez az ún. fanarióta periódus – a jog vonatkozásában is a görög hagyományokat követték. Az első fanarióta fejedelem Nikolas Mavrokordat, akit a szultán 1711. szeptember 25-én nevezett ki és ugyancsak ő lesz 1715. december 15-én Havasalföld fejedelme is.

Alexandru Mavrokordat fejedelem 1785-ben a fejedelmi tanáccsal (szinódussal) egyetértésben kibocsátott krüszobullája (rendelete), a *Sobornicescul Hrisov* jelentős hányadban a magánjog körébe tartozó szabályokat tartalmazott. A joggyakorlatban ez a krüszobulla Moldvában egészen a román polgári törvénykönyv hatályba lépéséig alkalmazásra került.

Alexandru C. Moruzi fejedelem a XIX. század elején Moldova számára polgári jogi és büntetőjogi kódexet kívánt kihirdetni. A Digestának (is) nevezett polgári jogi törvénykönyv újjörög nyelven történő elkészítésére Toma(s) Carra kapott megbízást. Carra 1806-ban bekövetkezett halála előtt csak a kódex személyek jogát szabályozó részét tudta elkészíteni. Carra számára modellként

⁸ Farinacci munkájának az európai jogtudományban játszott szerepére nézve a legújabb irodalomból lásd I. BIROCCI: *Alla ricerca dell'ordine*. Torino, 2002. 175. p.

a *Basilika* szolgált, amelyre törvénykönyvtervezetének címében kifejezetten utal.⁹

A XIX. század elején viszont Moldvában a *Basilika* mellett már az osztrák ABGB befolyását mutatja Scarlatos Kallimachos fejedelem 1817-ben kihirdetett polgári törvénykönyve, a *Kódix politikos*. E terjedelmes, 2032 cikkelyből álló kódex – amely eltérően a Havasalföldön hatályba léptetett Caragea-kódextől kizárólag polgári jogi (magánjogi) rendelkezéseket tartalmaz – szerkesztői között találjuk a fentebb már említett Andronache Donicít, az erdélyi szász származású, jogi tanulmányait Bécsben folytató Christian Flechtenmachert (1785–1843) és Ananias Cuzanost. A háromtagú bizottságot Kallimachos fejedelem 1813-ban bízta meg a kódex anyagának megszerkesztésével.

Az eredetileg görög nyelven kiadott kódex román nyelven csak 1831-ben jelent meg. A kódex első része a személyek (polgárok, görögül *politai*) jogállására vonatkozó rendelkezéseket, a modern értelemben vett személyi jogot tartalmazza. A második rész a vagyoni jogi rendelkezéseket és a tulajdon megszerzésére vonatkozó szabályokat, az öröklési jogot, a köteleket és a szerződéseket foglalja magában. A harmadik rész a kötelek megszűnésére vonatkozó rendelkezéseket, a kötelek biztosítékait és az elévülést szabályozza. Ez a struktúra nagy mértékben az ABGB hatását tükrözi.

Flechtenmacher szerkesztői munkásságára vezethető vissza az ABGB modellként történő felhasználása a *Codex Callimachos* szerkesztésénél, amely az ABGB-nél jóval terjedelmesebb. Ez a Nyugat-Európában is ismert törvénykönyv (Zachariae von Lingenthal például nagy elismeréssel ír a kódexről) Moldvában egészen a román polgári törvénykönyv hatálybalépéséig hatályban maradt. E kódex mellett a *Basilika* a jog szubszidiárius forrásaként nyert továbbra is alkalmazást.

Említést érdemel Andronache Donicinek a római jog hatását tükröző, a magánjogi vonatkozású császári rendeletek szövegét rövidített formában tartalmazó, 42 fejezetből álló munkája, amely hivatalos jogforrásként nyert elismerést. Donici a fejedelem jogban járatos kancellárja (*logofat*) volt. Művét 1814-ben, Iasiban, a fejedelemség fővárosában román nyelven jelentette meg. E munka tulajdonképpen a *Basilika* kivonatának tekinthető. Donici törvénytudása elsősorban az 1812-es bukaresti békével Oroszországhoz csatolt Besszarábiában érvényesült. Ennek oka az volt, hogy Besszarábiában az 1817-es *Codex Callimachos* alkalmazására államjogi okokból nem kerülhetett sor.

5. A román fejedelemségekben, elsősorban Havasalföldön, a polgári törvénykönyv reformjára irányuló munkálatokban a francia *Code civil* (*Code Napoléon*) játszott szerepet. A drinápolyi szerződést (1829) követően mindkét fejedelemségben kihirdetett Szervezeti Szabályzat (*Regulament organic*) az

⁹ Carra már korábban, 1804-ben lefordította román nyelvre a Harmenopulos Kézikönyvének nevezett *Hexabiblost*.

állami közigazgatás gyökeres átszervezése mellett a két fejedelemség egyesítése perspektívájának felvetésével előrevetíti a jogegységesítés szükségességét, mely a francia *Code de commerce* „recipálásával” a kereskedelmi jog területén meg is valósult. A Szervezeti Szabályzat hatálybalépésére Havasalföldön 1831 júliusában, Moldvában pedig 1832 januárjában, mindkét fejedelemségben ténylegesen azonban csak 1834 tavaszán, az orosz csapatok kivonulását követően került sor. A Moldva számára kibocsátott „Szervezeti Szabályzat” 318. cikkelye a *Basilika* további hatályban maradásáról rendelkezik. A *Basilika* azonban e cikkely szerint csak abban az esetben hatályosul továbbra is, ha összhangban áll a szokással, pontosabban a gyakorlatban alkalmazott joggal. Problémát jelent a nem a bizánci jogi hagyományokra épülő *Codex Callimachos* és a *Basilika* egymás mellett történő alkalmazása. Ezért felvetődik a két jogforrás (törvénykönyv) szövege egymással való egyeztetésének szükségessége.

Az 1841-es havasalföldi polgári törvénykönyv-tervezet a francia *Code civilre* épül. A *Codex Callimachos* és a Caragea-kódexet az 1840-es és az 1850-es években többször is módosították. A két kódex cikkelyeinek túlnyomó többsége azonban változatlan maradt.

A román polgári törvénykönyv megalkotása szervesen kapcsolódott a nemzeti egység megteremtéséhez és az ország modernizációjához. Alexandru Ion Cuza (1859–1866), akit 1859-ben mind Havasalföld, mind Moldva fejedelméül választott, még 1862 júliusában, létrehozott egy bizottságot, melynek feladata a mindkét fejedelemség területén hatályosuló polgári törvénykönyv megalkotása volt. Ez a bizottság azonban nem tudott feladatának eleget tenni és csak egy, kéziratban maradt, közzé nem tett, mintegy 700 szakaszból álló résztervezetet készített el. 1864-ben egy újabb, felsőbíróági bírákból és más tekintélyes jogászokból álló bizottságot nevezett ki a fejedelem, melynek elnöke G. Bosianu (1815–1882), a bukaresti egyetem római jog tanára lett. Ez a bizottság a román Ptk. javaslatát 1864 májusában terjesztette a törvényhozó gyűlés (*Adunerea Legislativa*) elé. A javaslat végleges szövegének kidolgozása és elfogadása az Államtanács feladata volt. Az Államtanács még ugyanannak az évnek a novemberében Cuza fejedelem elé terjesztette a törvénykönyv végleges javaslatát. A javaslat közzétételére a hivatalos lapban 1865 januárjában került sor.¹⁰ A kódex 1865. december 1-jén lépett hatályba.¹¹ A jelentős hányadában ma is hatályos román magánjogi kódex

¹⁰ Mivel a hivatalos lapban (*Monitorul Oficial*) 1864. december 4-én megjelent szöveg számos hibát tartalmaz – például a valójában 1914 cikkely helyett több, 1936 szakasz van feltüntetve –, ezért még ugyanazon év áprilisában egy második, javított, hivatalos szöveg közzétételére került sor. Ez a második változat lépett 1865. december 1-jén hatályba.

¹¹ A Ptk. 1913. cikkelye a kódex hatálybalépésének napjául 1865. július 1-jét szabja meg. Cuza fejedelem 1865. június 30-án kibocsátott rendelete halasztja el a hatálybalépést és jelöli meg december 1-jét a hatálybalépés napjául. A hatálybalépés ideje vitatott volt és jogvitára is alkalmas

az intézményrendszer követi. E törvénykönyvre a francia *Code civil*,¹² az olasz *Codice civile* Giuseppe Pisanellitől (1812–1879) származó tervezete,¹³ valamint a 1851-es belga, biztosítékokról és jelzálogjogról szóló törvény volt hatással. Ez a polgári törvénykönyv merít továbbá a *Codex Callimachos*ból és a *Cod Caragea*ból is. Itt utalunk arra, hogy a román Ptk. hatálybalépésével egyidejűleg vált hatályossá a francia *Code de procédure civile*-re és az 1818-ban elfogadott genfi polgári eljárásjogi törvényre épülő román polgári perjogi kódex.

A román Ptk. 1914 szakaszból áll. Szerkezete a következő: Bevezető fejezet (1–5. art.), amelyet három könyv követ. Az egyes könyvek a francia *Code civil* rendszerét követik: Személyi jog és Családi jog (6–460. art.), Dologi jog (461–643. art.) és a Tulajdon megszerzése (644–1912. art.). A kódex 1912–1914. cikkelyei a törvénykönyv hatályáról és hatálybalépéséről rendelkeznek. Az öröklési jog és a kötelmi jog szabályozására a francia modellnek megfelelően a harmadik könyvben kerül sor.

A román Ptk.-nak mintegy 70 szakasza származik közvetlenül a Pisanelli-féle tervezetből. Az átvett szakaszok viszonylag nagy számát az indokolta, hogy az 1865-ös olasz *Codice civile*, bár a francia *Code civil*-re épült, egyes jogintézmények szabályozása tekintetében korszerűbb normákat tartalmazott. Az olasz polgári jogi kódex romániai „recepciójában” szerepet játszott P. Bors, aki jogi tanulmányait Torinóban folytatta. A kódex 480., a tulajdont definiáló cikkelye szó szerinti fordítása a francia *Code civil* 544. cikkelyének. Ugyanez vonatkozik – további példákat említve – az *actio Paulianá*t szabályozó 975. szakaszra, amely a *Code civil* 1167. artikulusának fordítása.

Számos jogintézmény szabályozásánál a kódex szerkesztői vagy közvetlenül a római jogot, vagy pedig annak iustinianusi–bizánci formáját tekintették forrásnak. Ebben közrejátszott az, hogy a kódex szerkesztésében közreműködő jogászok közül többen a bizánci, görög–római jog (*ius Graeco-Romanum*) intézményei kodifikálásának voltak hívei. A román Ptk. 1415. szakasza például

adott. A román Legfelső Bíróság (*Curtea de casatie* – Semmitőszék) 1891-ben Cuza fejedelem rendeletét tekintette irányadónak a kódex hatálybalépése napját illetően.

¹² A román Ptk. szerkesztői a francia *Code civil* mellett tekintettel voltak Marcadé *Code civil* értelmező és nem egyszer a kódex egyes szakaszainak revíziójára is javaslatot tartalmazó *Explication théorique et pratique du Code civil* című művére.

¹³ Lásd P. AQUARONE: *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*. Milano, 1965. 129–239. p. Az olasz *Codice civile* szövegének hivatalos lapban történő közzétételére már az új igazságügyi miniszter (Guardasigilli), Giuseppe Vacca (1810–1876) hivatali ideje alatt, 1865. június 25-én került sor. Ez a kódex 1866. január 1-jén, az egységes Itália kereskedelmi jogi törvénykönyvével (*Codice di commercio*) egyidejűleg lépett hatályba. Vacca a szerzője a *Della codificazione legislativa* (Napoli, 1867) című munkának, amelyben az olaszországi jogegységesítés kérdéseivel foglalkozik. Az olasz jog kodifikálására nézve az újabb irodalomból lásd C. GHISALBERTI: *La codificazione del diritto in Italia 1865–1942*. 2. kiad. Bari, 1994.

az örökhaszonbérletre (*emphyteusis*¹⁴) – románul *besman* vagy *embatic*¹⁵ – vonatkozó szabályokat tartalmazza, azzal, hogy a kódex hatálybalépését követően már nincs mód e dologi jogi intézmény létesítésére. Az örökhaszonbérlet a francia *Code civil*ben mint „feudális intézmény” nem szerepel, bár ez a jogintézmény a XX. század elején önálló törvényben ismét bevezetésre került Franciaországban *bail emphytéotique* néven. A római jog hatásáról tanúskodnak a polgári törvénykönyv házasságkötési akadályokat szabályozó szakaszai. Az 572. szakasz a római joggal összhangban szabályozza a lakáshasználatot.¹⁶ A 644–645. szakaszok a tulajdontrádfiót és a foglalást, mint a tulajdonszerzés módjait szabályozzák. Itt utalunk arra, hogy a francia *Code civil* 711–712. szakaszai ezekről nem rendelkeznek. A római jog hatását bizonyítják a házasságon kívül született gyermekek öröklésére vonatkozó szabályok (677–678. szakaszok). A 684. szakasz a vagyontalan túlélő özvegy (*vidua inops indotata*) öröklési jogát szabályozza.¹⁷ A megbízás nélküli ügyvitel (*negotiorum gestio*) szabályozása is római jogi hatásról tanúskodik (987. szakasz). A román Ptk. – szemben a francia *Code civil*lel – nem fogadta el a házastársak vagyonszövetségét.

A fejedelemségek kodifikált jogából számos rendelkezést vett át a román Ptk., így a családi jog, a válás, a gyámság, a dologi jog és az öröklési jog körében (például: 851., 383., 684., 1281. és 1415. szakaszok). A polgári törvénykönyv 1912. szakasza sajátosan szabályozza a törvény és a korábbi kódexek egymáshoz való viszonyát. E cikkely értelmében ugyanis a *Codex Callimachos* (Moldva) és a *Cod Caragea* (Havasalföld) valamint a hatálybalépéskor hatályos más jogforrások – így például a *Basilika* és a

¹⁴ Az örökhaszonbérletre vonatkozóan lásd FÖLDI A. — HAMZA G.: i. m. 365. sk. és 375. p. Vö. még P. CENCETTI: *Il contratto di emfiteusi*. Bologna, 1933.

¹⁵ Lásd D. ALEXANDRESCO: *Droit ancien et moderne de la Roumanie. Étude de législation comparée*. Paris–Bucarest. 1889. 225–241. p. és G. C. TOCILESCO: *Étude historique et juridique sur l'emphytéose en droit romain, en droit français, et en droit roumain*. Thèse. Paris, 1883.

¹⁶ A román Ptk. 572. szakaszának 2. bekezdése értelmében – eltérően a francia *Code civil* 632. szakaszától – meghatározott feltételek fennforgása esetén, kivételesen mód van a lakáshasználat (*habitat*), a ház (lakás) egy részének bérbeadására. Ez a szabályozás a iustinianusi római jogot (Codex Iustinianus III. 33. 13. 1.) követi, amely biztosítja a „locationis licentia”-t a legatarius lakáshasználónak.

¹⁷ A román Ptk. 684. szakaszának közvetlen forrása a moldvai *Codex Callimachos* 959. és 960. artikulusai, amelyek Iustinianus 117. novellájában található szabályozást híven követik. A román Ptk. 684. szakaszának értelmezésénél célszerű (volt) a *Codex Callimachos* szabályozását alapul venni, mivel az egyértelműbb és részletesebb. Ez konkrét formában is mutatja annak szükségességét és célszerűségét, hogy a román Ptk. alkalmazásánál figyelemmel legyen a bíróságot az 1865. december 1-je előtt hatályos (polgári) törvénykönyvekre. Ez indította Cuza fejedelmet arra, hogy a *Codex Callimachos*nak és a *Cod Caragea*nak csupán azokat a rendelkezéseit helyezze hatályon kívül, amely az új, mindkét (korábbi) fejedelemségben hatályos kódexszel ellentétben állnak. A túlélő házastárs öröklési jogára nézve a régebbi irodalomból lásd G. BOISSONADE: *Histoire des droits de l'époux survivant*. Paris, 1874. és J. GRAEFE: *Intestaterbrecht der armen Witwe*. Bonn, 1899. Iustinianus e kérdést szabályozó novellájára nézve lásd FÖLDI A. — HAMZA G.: i. m. 622. p.

Hexabiblos – rendelkezései csak abban az esetben nem hatályosulnak, amennyiben ellentétesek a román Ptk. szabályaival. Mivel, mint például az örökhaszonbérlet esetében, a két kódex (*Codex Callimachos* és *Cod Caragea*) egymástól eltérő szabályozása maradt továbbra is hatályos, nem valósult meg teljes mértékben a törvényhozónak a jog egységesítésére vonatkozó szándéka.

6. A dunai fejedelemségekben az egyetemi szintű jogi oktatás – szemben Nyugat- és Közép-Európával – a 19. század második felében intézményesült. A iasi egyetem alapítására 1859-ben, míg a bukaresti egyetem alapítására 1860-ban került sor.

A természetjogi felfogás – amely az osztrák Általános Polgári Törvénykönyvet (ABGB) alapul vevő 1817-es moldvai kódexben erősen kimutatható – a doktrínában a XIX. század egészében élénken hatott. S. Barnatiu (1808–1864), aki a iasi egyetemen a jogfilozófia tanára, a magánjog sajátos, a természetjogra épülő rendszerét alakította ki az 1868-ban megjelent *Dreptul natural privat* című munkájában. T. Maiorescu (1840–1917), aki bár elsősorban filozófus volt, de több, a jogot és a politikum szféráját érintő tanulmányában szintén döntően – bár a kantiánus gondolkodás erősen hatott rá – a természetjog követőjének számított. Maiorescu iskolateremtő egyéniség volt, akinek tanítványai (P. P. Negulescu, I. Petrovici és S. Zeletin) a XX. század első felében is komoly befolyással voltak a román jogelmélet és jogi gondolkodás alakulására. A természetjog hatása kimutatható P. Missir (1856–1929) munkásságában is. Figyelmet érdemel, hogy Missir munkáiban a korabeli Európa döntő jogelméleti irányzata, a jogpozitivizmus is komoly szerephez jut.¹⁸

A 1864-es román Ptk. értelmezésével kapcsolatban meg kell jegyezni, hogy hasonlóan a francia bírói joggyakorlathoz és doktrínához, az első évtizedek pozitivistá hozzáállását követően az a társadalmi-technikai fejlődés okozta változásokhoz (például a veszélyes üzemi felelősség) a bírói gyakorlat a törvény szövegétől függetlenebb értelmezések kialakításával alkalmazkodott.¹⁹ Ebben az újabb értelmezésben szerepet játszott – különösen a XX. század első harmadától kezdődően – a jog szociológiai vizsgálatának irányzata, melynek kialakulásában a francia és az orosz (például a római jog specialistájának is számító N. M. Korkunov) jogtudósok komoly szerepet játszottak. Ezen irányzat legjelesebb képviselői Mircea Djuvara (1886–1944), a bukaresti egyetem

¹⁸ Missir fő műve az 1904-ben olasz nyelven publikált *La filosofia del diritto e il diritto naturale*. E mű értékelésére nézve lásd G. DEL VECCHIO: *Lezioni di filosofia del diritto*. 8. riveduta e accresciuta edizione. Milano, 1952. 175.

¹⁹ A román jogalkalmazó a román Ptk. értelmezésénél Marcadé fentebb említett kommentárját is figyelembe vette.

professzora, továbbá E. Sperantia, A. Vallimarescu, R. Gorruneau, V. Veniamin, O. Ionescu és P. Georgescu.²⁰

A román magánjogtudományban a római jog művelői mellett a civilisták is tudományos igénnyel művelték a római jogot, és annak intézményeit a polgári jog kodifikációja során figyelembe vették. Kiemelkedő művelője volt a román jogi romanisztikának Stefan G. Longinescu (1865–1931), előbb a iasi, majd a bukaresti egyetem professzora, aki a berlini egyetemen doktorált. 1921 és 1929 között kilenc kötetes, a római jogot és a román jogrendszert bemutató munkája ma is alapvető jelentőségű. Kiemelkedő Gaiusról írt monográfiája is. Matei G. Cantacuzino (1854–1925), a iasi egyetem polgári jogász professzora elsősorban a családi jog művelője volt. Cantacuzino a német történeti jogi iskola követőjének számított. A román polgári jogot bemutató tankönyve (*Elementele dreptului civil*, 1921) ma is jól ismert és hivatkozott munka,²¹ melyben a pandektista fogalomrendszer dominál. A római jog jelentős művelője volt az 1944-ben elhunyt Constantin Stoicescu professzor is. Említést érdemelnek még a korán elhunyt George Popovici (1863–1905) és Andrei Radulescu²² (1880–1959) jogtudósok, akik foglalkoztak a román magánjogi kodifikáció előzményeivel és történetével. A román polgári jog kiemelkedő művelője volt a két világháború közötti időszakban G. Plastara²³ (1881–1950), aki a polgári jogi felelősség nemzetközileg is elismert művelője volt a bukaresti egyetemen. A Angelescu a magánjogi kodifikáció törvényhozási kérdésével foglalkozott.²⁴ A római jog és a román jogtörténet nemzetközi hírnű művelője volt a XX. században Val. Al. Georgescu (1908–1992). A doktrína a jogügyleti tanra hangsúlyt fektet, amely a tankönyvirodalomban is tükröződik.

7. Nem sokkal a polgári törvénykönyv hatálybalépését követően felvetődött a kódex revíziójának szükségessége. A revízió elsősorban a házasságon kívül

²⁰ DJUVARA idegen nyelven publikált munkái közül kiemelkednek *Le fondement du phénomène juridique* (1913), *Considerazioni sul metodo induttivo nella scienza giuridica* (1931), *Sources et normes du droit positif* (1934) és *Relatività e diritto* (1935). O. Ionescu francia nyelven publikált, a magánjog területével foglalkozó munkájának címe *La notion de droit subjectif dans le droit privé* (1931). A többi szerző munkáit román nyelven adta közzé, melyből adódóan ezek a román nyelvterületen kívül visszhangra nem találtak.

²¹ Cantacuzino halála után, 1929-ben, francia nyelven publikált műve (*La vie, le droit et la liberté*) külföldön is pozitív visszhangra talált. Cantacuzino tudományos munkásságának értékelését lásd T. IONASCO – A. IONASCO: Mathieu Cantacuzino. *Revue Roumaine des Sciences Sociales* 1 (1967) 25–37. p.

²² Radulescu foglalkozott a jogegységesítés kérdésével, melyről 1927-ben önálló könyvet (*Unificarea legislativa*) is közzétett. Jelentős a jogtudománnyal, mint a jog forrásával foglalkozó 1933-ban közzétett munkája (*La giurisprudenza quale fonte di diritto*) is.

²³ Itt említjük meg, hogy Plastara professzor a polgári jogi felelősség kérdésében Marton Gézával szoros szakmai kapcsolatban állt. Plastara és Marton Géza levelezésére nézve lásd: De la correspondance de Géza Marton. *Acta Facultatis Politico-Iuridicae Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eötvös nominatae* 33 (1991–1992) 197–207. p.

²⁴ Angelescu 1930-ban publikálta *La technique législative en matière de codification civile* című – nézetünk szerint ma is felhasználható – munkáját.

született gyermek jogállásának szabályozását és a túlélő házastárs öröklésének rendezését érintette. A módosítás azonban a XX. század elejéig csupán néhány kisebb jelentőségű változást eredményezett. Ez az igény különösen fontossá vált az 1910-es évektől kezdve, a jelentős területgyarapodás következtében.²⁵ Az 1930-as évek elején felvetődött a korábban csak csekély mértékben módosított román Ptk. átfogó reformjának kérdése. Gr. N. Iunian igazságügyi miniszter 1930 júniusában felvetette az 1927-es Francia–Olasz Kötelmi és Szerződési Jogi Kódex-tervezet (*Projet Franco-Italien de Code des Obligations et des Contrats*) modellként történő felhasználását a kódex kötelmi jogi részének reformjánál.²⁶ A román Ptk. kötelmi jogi részének reformjánál a szerkesztők a svájci kötelmi jogi törvény 1911-es változatát és az 1933-ban elfogadott és 1934-ben hatályba lépett lengyel kötelmi jogi törvényt is figyelembe vették. A reform Ptk. szövegének közzétételére azonban nem került sor. Helyette 1940-ben egy új polgári törvénykönyv – „II. Károly Polgári törvénykönyve” – tervezetét tették közzé, amelynek hatályba léptetésére 1941. január 1-én került volna sor. Egy 1941. január 1-én kibocsátott rendelet – a bizonytalan politikai helyzetre tekintettel – e kódex hatályba lépését bizonytalan időre (*sine die*) elhalasztotta. Ez a tervezet azonban szerkezetét és fogalomrendszerét tekintve egyaránt a német pandektisztika és a német BGB hatását tükrözi. Itt utalunk arra, hogy a román jogi doktrína elfogadja a német pandektisztikában gyökerező jogügyleti tant.²⁷ A második világháború idején csupán a polgári törvénykönyv csekély mértékű, kizárólag a házassági jogot

²⁵ Románia 1913–1920 között jelentős Bulgáriához, Ausztriához, Magyarországhoz és Oroszországhoz tartozó területeket szerzett. 1913-ban a bukaresti béke Romániának ítélte Dél-Dobruzsát, az 1919-es saint-germaini békeszerződéssel került Romániához Bukovina, az 1920-as trianoni békeszerződéssel szerezte meg Magyarországtól Erdélyt, a Partiumot, a Kelet-Alföldet, Máramarost és a Bánát keleti részét. Az orosz forradalmat követően került Romániához Besszarábia területe. Dél-Dobruzsában a részben kodifikált bolgár magánjogot alkalmazták a bíróságok. Bukovinában – mint osztrák tartományban – Bánátban és a történelmi Erdélyben az ABGB-t, a partiumi és kelet-alföldi területeken a részben kodifikált magyar magánjogot alkalmazták az annexiót követően is. Besszarábiában a *Hexabiblost* csak 1928-ban helyezték hatályon kívül. A Besszarábiában hatályos jogrendszerre nézve lásd HAMZA G.: *Az európai magánjog fejlődése. A modern magánjogi rendszerek kialakulása a római jogi hagyományok alapján*. Budapest, 2002. 242. sk. és G. HAMZA: *Die Entwicklung des Privatrechts auf römisch-rechtlicher Grundlage unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsentwicklung in Deutschland, Österreich, der Schweiz und Ungarn*. Budapest, 2002. 223. sk. p.

²⁶ Lásd G. P. DOCAN: Introduction. In: *Code Comparé des obligations. Le projet franco-italien des obligations et contrats comparé avec les codes civils français, roumain, suisse et polonais des obligations*. Bucarest, 1937. VII. p. Az 1927-es Francia–Olasz Kötelmi Jogi Kódex-tervezetre nézve lásd M. ROTONDI: The Proposed Franco-Italian Code of Obligations. *The American Journal of Comparative Law* 3 (1954) 345–359. p.; R. NERSON: Des enseignements à tirer du projet franco-italien de code des obligations et des contrats en vue d' une unification internationale du droit des obligations, In: *Etudes offertes à J. Lambert*. Paris, 1975. 495–513. p. és G. ROUHETTE: Les codifications du droit des contrats. *DROITS* 24 (1996) 113–124. p.

²⁷ D. COSMA: *Teoria generala a actului juridic civil*. Bucuresti, 1969.

érintő módosítására került sor. 1943-ban a házasságon kívüli gyermekek helyzetét módosító jogszabály lépett hatályba.

A román polgári törvénykönyv érvényesülési területe az első világháború utáni időben az óromán királyság (*Vechiul Regat*) területére korlátozódott. Erdélyben és Bukovinában továbbra is az ABGB volt hatályos. A román polgári törvénykönyvet Erdély déli részében 1943-ban – egy június 22-én kihirdetett, igen rövid szövegű jogszabály alapján – vezették be, két esztendővel a második bécsi döntés (1940. augusztus 30.) után. Erdély északi részén, amely a párizsi békeszerződés (1947. február 10.) értelmében ismét Romániához került, a román polgári törvénykönyv a második világháború után került csak bevezetésre. Említést érdemel, hogy az ABGB csak a történeti értelemben vett Erdélyben érvényesült. A trianoni békeszerződés (1920. június 4.) alapján a Romániához csatolt magyar területeken hosszú ideig a – jórészt kodifikálatlan – magyar magánjog volt hatályos. Bukovinában 1938. október 15-én vezették be a „régí királyság” (*Vechiul Regat*) törvényhozásának egyes más elemeivel együtt a román polgári törvénykönyvet.

8. 1945 után is hatályban maradt az 1864-es román polgári törvénykönyv. Ez a hatályban maradás azonban sok tekintetben erősen formálisnak bizonyult, tekintettel a gazdasági és politikai változásokra.²⁸ A polgári törvénykönyv első könyvét egy szakasz kivételével teljes egészében hatályon kívül helyezték.²⁹ Az e könyvben foglalt rendelkezéseket az 1953 decemberében elfogadott, 1954. február 1-jén hatályba lépő, szocialista ideológia alapján készült családjogi törvény és a természetes és jogi személyekről szóló rendelet helyezte hatályon kívül. A családjogi törvény módosítására 1974. augusztus 1-jén került sor.

Az 1960-as években megindult a román polgári jog újrakodifikálásának a folyamata. Az Igazságügyi Minisztérium az állampárt által kibocsátott irányelveket figyelembe véve kezdeményezte egy új polgári törvénykönyv elkészítését. Az első tervezet szövegét hivatalos formában nem tették közzé, így az csak a jogászok szűk köre számára volt elérhető. A tervezetet csak a Statescu – akkori – igazságügyi miniszter vezetésével működő bizottság vitatta meg. A tervezettel ezen felül néhány jogi szakfolyóiratban közzétett cikk foglalkozott az 1970-es években.

1990-et követően a román polgári törvénykönyv korábban hatályon kívül helyezett szakaszainak ismét hatályba helyezésére került sor a kódex csekély mértékű, novelláris úton történő módosítása mellett. 1991-ben a földtulajdonjog önálló törvényben történő szabályozására került sor.

²⁸ A kódexnek a II. világháborút követően jelentősen módosított utolsó hivatalos változatát a rendszerváltozás előtt 1956-ban tették közzé nyomtatásban.

²⁹ Egyedül a 134. szakasz nem került hatályon kívül helyezésre. E szakasz értelmében a külföldivel kötött házasság csak az Államtanács engedélyével lehetséges.

9. A kereskedelmi jog szabályozására önálló törvényben, kódexben került sor 1887-ben. Ez az 1887. szeptember 1-jén hatályba lépett törvény jórészt az 1882-es olasz *Codice di Commercio*n alapul, bár a törvény szerkesztői az 1807-es francia *Code de commerce*-t is figyelembe vették.³⁰ A kódex szerkesztési munkáit egy 1883-ban felállított bizottság végezte el. Az egységes kódex tervezete két évvel később, 1885-ben készült el. A képviselőház és a szenátus ad hoc bizottságot állított föl, mely a tervezetet készítő bizottsággal együtt két ülésen vitatta meg a tervezetet. Ezt követően került sor a parlament mindkét háza részéről a tervezet elfogadására. A kihirdetésről az 1887. április 16-án kelt dekrétum rendelkezett.

Az egyes román fejedelemségek önálló kereskedelmi törvénykönyvei, az 1840-es havasalföldi kódex és az 1863. december 10-én kihirdetett moldvai kódex a francia *Code de commerce* alapján kerültek megalkotásra. A Moldvai Fejedelemség számára kihirdetett Szervezeti Szabályzat elrendelte a francia *Code de commerce* valamennyi rendelkezésének kötelező alkalmazását. Ilyen módon a *Code de commerce*, bár formailag nem, ténylegesen azonban kötelezően alkalmazandó törvénnyé vált ebben a fejedelemségben.

Az 1840-es havasalföldi kódex és az 1863-as moldvai kódex, néhány kisebb jelentőségű módosítástól eltekintve, a francia *Code de commerce* fordítása volt. A havasalföldi kódex szerkesztői figyelembe vették *Code de commerce* módosításait, így különösen az 1838-as változtatásokat. Vonatkozik ez a moldvai kereskedelmi kódex szerkesztőire is, akik szintén nem csupán az 1807-ben elfogadott francia kereskedelmi kódex eredeti szövegére voltak tekintettel. Itt utalunk arra, hogy a havasalföldi kereskedelmi törvénykönyv szerkesztésében döntő szerepet vállalt Moroiu, aki a pisai egyetemen doktorált 1825-ben.

A négy könyvből álló román kereskedelmi jogi kódex szorosan kapcsolódik a román polgári törvénykönyvhöz. A kódex első szakasza kimondja, hogy a polgári törvénykönyv szabályai alkalmazandók abban az esetben, ha valamely tényállásról a kereskedelmi jogi törvény nem rendelkezik. A kereskedelmi jogi kódex ugyanakkor több esetben a polgári jog közvetlen forrása. A fuvarozási szerződést és a bizományi szerződést például a kereskedelmi törvénykönyv szabályozza. Ennek oka az, hogy a kereskedelmi törvénykönyv fenti szerződéstípusokra vonatkozó szabályozása részletesebb és korszerűbb a Ptk.-ban találhatóénál.

1938-ban egy új kereskedelmi törvénykönyv-tervezete készült el, melynek szövegét 1939. november 10-én tették közzé. E kódex hatályba léptetését azonban többször elhalasztották, a kódex végül sohasem lett hatályos. E

³⁰ Az 1865-ben elfogadott, az egységes Olaszország számára készült 1865-ös *Codice di Commercio*t hatályon kívül helyező kereskedelmi törvénykönyv keletkezésére nézve lásd A. PADOA SCHIOPPA: La genesi del Codice di Commercio del 1882. In: 1882–1982. *Cento anni dal Codice di Commercio*. Atti del Convegno Internazionale di Studi. Taormina, 4-6 novembre 1982. Milano, 1984. 116–167. p. Ld. még C. GHISALBERTI: i. m. 164. sk. p.

kereskedelmi törvénykönyvnek voltaképpen az 1940-es polgári törvénykönyvvel együtt kellett volna hatályba lépnie.³¹ Az 1938-as kereskedelmi törvénykönyvnek valójában jogegységesítő funkciója volt, mivel Bukovinában az 1861-es – amely az osztrák örökös tartományokban 1862-ben lépett hatályba – Általános Német Kereskedelmi Törvénykönyv (ADHGB), míg Erdélyben és a Romániához csatolt – korábban már említett – korábban Magyarországhoz tartozó területeken a magyar kereskedelmi jog (az 1875. évi XXXVII. törvény – Kt.) került alkalmazásra. Az új kereskedelmi törvénykönyv tervezetének szerkesztői mindenek előtt az 1897-ben megalkotott német kereskedelmi törvénykönyvre (HGB), az 1934-ben elfogadott lengyel kereskedelmi jogi törvényre, és az 1936-ban revideált svájci Kötelmi Jogi Törvényre (*Obligationenrecht*) voltak figyelemmel. Mivel a hatályos kereskedelmi jogi törvénykönyv az 1882-es olasz *Codice di Commercio*t vette döntően alapul, a szerkesztők az olasz kereskedelmi jogi kódex 1922-es és 1925-ös tervezeteire is tekintettel voltak.

Az 1887-ben elfogadott kereskedelmi törvénykönyvet 1948-at követően sem helyezték – formailag – hatályon kívül. E törvény hatályosulási területe azonban a megváltozott gazdasági és politikai viszonyoknak megfelelően rendkívüli mértékben leszűkült.

1990 után a kódex – igaz, jelentős módosításokkal – ismét visszanyerte korábbi hatályát. A gazdasági társaságokra vonatkozó rendelkezéseket az 1990-ben elfogadott 31. törvény tartalmazza.³² Ezt a törvényt, amely a kereskedelmi jogi kódex 173 szakaszát helyezte hatályon kívül, 1997-ben egy sürgősségi rendelet átfogóan módosította. Ebben a jogszabályban kimutatható – többek között – az 1965-ös német részvénytársasági törvény (*Aktiengesetz*) hatása. A csődeljárást az 1995. évi 64. törvény – amely a kereskedelmi jogi kódex 69 szakaszát helyezte hatályon kívül – szabályozza. Romániában a törvényalkotó és a doktrína a dualista felfogás alapján áll, ma is elvetve a monista koncepciót (*code unique*).

³¹ A kódex-tervezetnek csupán néhány, a részvénytársaság közgyűlésére vonatkozó cikkelyét léptették hatályba.

³² Lásd Rumánien: Gesetz Nr. 31 über die Handelsgesellschaften vom 5. November 1990. *Jahrbuch für Ostrecht* 32 (1991) 201. sk. p. és CAPATINA – P. LEONHARDT: Das Recht der Handelsgesellschaften von 1990, *Jahrbuch für Ostrecht* 32 (1991) 193. sk. p.

Irodalom

N. Blaramberg: Essai comparé sur les institutions, les lois et les moeurs de la Roumanie. Bucarest, 1886.; L. Piè: Les lois roumaines et leur connexité avec le droit Byzantin et Slave, Bucarest, 1887.; D. Alexandresco: Droit ancien et moderne de la Roumanie, Étude de législation comparée. Paris–Bucarest, 1889.; D. Alexandresco: L' explication théorique et pratique du droit civil roumain comparé avec les lois anciennes et les principales lois étrangères. Bucarest, 1889.; A. D. Xenopol: Histoire des Roumains, Paris, 1896.; J. Bohl: Droit Commercial Roumain, Paris, 1897.; C. Nacu: Comparaison entre le Code civil roumain et le Code Napoléon. Bucarest, 1898.; C. G. Disescu: Les origines du droit roumain, traduit par J. Last. Paris, 1899.; N. Iorga: Geschichte des rumänischen Volkes, III. k. Gotha, 1905.; V. Titulescu: Essai sur une théorie générale des droits éventuels. Paris, 1905.; D. Alexandresco: Explicatiunea teoretica si practica a dreptului civil roman in comparatiune cu legile vechi si cu principalele legislatiuni straine.² tom I. Bucuresti, 1906.; St. Longinescu: Istoria dreptului rominesc, Bucuresti, 1908.; S. G. Longinescu: La codification de Vasili Lupu, Bucarest, 1909.; G. Draganescu: Quellen des rumänischen Rechts. Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft 24 (1910) 100–177.; T. Stelian: Droit commercial comparé. 1–5. Bucarest, 1916.; G. Dimitrescu: De la condition juridique des enfants illégitimes en Roumanie. Thèse. Paris, 1922.; G. Fotino: Contribution à l'étude des origines de l'ancien Droit coutumier Roumain. Paris, 1925.; A. Radulescu: Die Quellen des Codex Callimachos. Acad. Româna. Memor. sectiei istorica, 3me serie, t. VIII, mém. 2 (1927) 1–33.; M. G. Nicolau: Les dispositions d'origine romano-byzantine dans le code civil roumain. In: Mélanges P. Fournier. Paris, 1929. 587–598.; A. Radulescu: Tendenze romene verso il diritto italiano. In: Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio Del Vecchio vol. II. Modena, 1931. 291–298.; G. D. Triantaphyllopoulos: Sur les sources du Code Callimaque: Revista istorica Romana, 1931. 32–49.; V. Viforeanu: Contributions a l'étude du contrat dans le projet franco-italien et en droit comparé. Formation et éléments du contrat. Paris, 1932.; E. Schmidt: Die verfassungsrechtliche und politische Struktur des rumänischen Staates in ihrer historischen Entwicklung. München, 1932.; T. Ionascu: La famille et la propriété. In: La Vie juridique des peuples. Paris, 1933.; S. Gr. Berechet: Der Einfluß des byzantinischen Rechts auf das alte rumänische Recht. In: Mnemosyna Pappoulia, Athen, 1934. 29–44.; G. Fotino: Droit romain et droit oriental: phénomène d'interprétation. La représentation en matière de succession féminine dans l'ancien droit. In: In memoria lui V. Pârvan. Bucarest, 1934. 145–156.; R. W. Seton-Watson: A History of the Romanians from Roman Times to the Completion of Unity. Cambridge, 1934.; N. Iorga: Byzance après Byzance. Bucuresti, 1935.; C. G. Vasiliu: Le problème de l'unification du droit dans les Balkans. Archeion Idiotikou Dikaiou 1935, 585–591.; N. Iorga: Histoire des Roumains et de la Romanité orientale. 1–10. k.

Bucuresti, 1937–1945.; C. A. Spulber: *Indreptarea Legei. Le code valaque de 1652. Ie partie. Histoire.* Bucarest, 1938.; St. G. Berechet: *I riflessi del diritto canonico bizantino dopo la caduta di Costantinopoli sul diritto canonico rumeno.* Studi Bizantini e Neoellenici. V. Roma, 1939, 586–598.; T. Jonasco: *De la possession et de la prescription acquisitive en France et en Roumanie.* In: *Etudes de droit civil à la mémoire de H. Capitant.* Paris, 1939, 336 sk.; P. Porutiu: *Mandat et représentation dans le droit commercial roumain. Les dispositions concernant les auxiliaires dépendants des anciens codes (roumain, transylvain et bucovinien), comparées à celles du nouveau code.* Analele Facultati de drept din Cluj 1 (1939) 651–658.; L. Georgescu: *Das neue rumänische Handelsgesetzbuch in der europäischen Rechtsentwicklung.* Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 13 (1940) 351–370.; C. A. Spulber: *Le code d'Alexandre le Bon et les Basiliques dans les principautés roumaines.* Académie Roumaine. Bulletin Section Historique 24 (1944) 65. sk.; C. A. Spulber: *Basiliques et coutumes roumaines.* Académie Roumaine. Bulletin Section Historique 26 (1945) 54–138.; V. Veniamin: *Roumanie.* In: *L'influence du Code civil dans monde. Travaux de la Semaine Internationale de droit.* Paris, 1950. Paris, 1954. 476–499.; L. Constantinescu: *Roumanie.* In: *L'influence du Code civil dans monde. Travaux de la Semaine Internationale de droit.* Paris, 1950. Paris, 1954. 664–688.; L. J. Constantinescu: *L' évolution du droit dans les différents pays, La Roumanie.* Annuaire de législation française et étrangère, 14 (1965) 449–505.; P. G. Vallindas: *Ein Beitrag zur Geschichte des internationalen Privatrechts: Das Zivilgesetzbuch der Moldau von 1817.* In: *Gegenwartsprobleme des internationalen Privatrechts und der Rechtsphilosophie. Festschrift für R. Laun.* Hamburg, 1953. 681–692.; Pan. J. Zepos: *L'influence du droit byzantin sur la législation roumaine de la période des princes phanariotes,* In: *Studi in memoria di P. Koschaker.* I. Milano, 1954. 427–438.; *Legiuirea Caragea.* Editie critica. Bucuresti, 1955.; *Pravilniceasca condica 1780.* Editie critica. Bucuresti, 1957.; *Introducere la Codul Calimach* (ed: A. Radulescu). Bucuresti, 1958.; G. Geilke: *Rechtsvereinheitlichung in Rumänien.* WGO Monatshefte für osteuropäisches Recht 1 (1959) 92–98.; V. Al. Georgescu: *La reception du droit romano-byzantin dans les Principautés roumaines (Moldavie et Valachie),* In: *Mélanges H. Lévy-Bruhl,* Paris, 1959, 373–392.; A. V. Soloviev: *Der Einfluss des Byzantinischen Rechts auf die Völker Osteuropas.* Zeitschrift der Savigny-Stiftung (Rom. Abt.) 76 (1959) 432–479.; G. Geilke: *Rechtsprobleme Nordsiebenbürgens im Lichte des rumänischen Gesetzes Nr. 260 vom 4. April 1945.* Jahrbuch für Internationales Recht 1961, 67–75.; V. Al. Georgescu: *Le rôle de la théorie romano-byzantine de la coutume dans le développement du droit féodal roumain,* in: *Mélanges Ph. Meylan. II.,* Lausanne, 1963, 61–87.; G. Cront: *Byzantine juridical influence in the Rumanian Society,* Revue des études sud-est-européennes 1964, 350–383; V. Al. Georgescu: *La préemption dans l'histoire du droit roumain. Le droit de protimesis en Valachie et en Moldavie.*

Résumé. Bibliothèque Historique XII. Bucuresti, 1965, 1–14.; V. Grecu: Byzantinische Quellen zu den rumänischen Gesetzbüchern aus den Jahren 1646 und 1652. *Revue des études sud-est-européennes* 1965, 283–289; G. A. Mantzoufas: Die Gründe für die absichtliche Verschweigung der österreichischen Vorlagen des moldauischen Codex civilis vom Jahre 1817. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung (Germ. Abt.)* 82 (1965). 326–333.; G. Cront: Le droit byzantin en Roumanie, *Nouvelles éditions des anciennes sources juridiques*, *Balkan Studies*, 1966, 188–193; T. Ionasco – V. Al. Georgesco: La réception du droit romain de Justinien. In: *Atti del Convegno Internazionale. Studi Accursiani III*. Milano, 1968.; Val. Al. Georgescu – O. Sachelarie: Contacts entre le droit moldave et le droit autrichien au début du XIX^e siècle. In: *Festschrift für J. Hellbling*. Salzburg, 1970. 159 skk.; VI. Hanga: Le droit romano-byzantin a-t-il été reçu dans les Principautés roumaines? *Revue Roumaine d'Histoire*, Tome X, 1971, 237–256; V. Al. Georgesco: L'idée impériale romano-byzantine et la structuration du pouvoir princier en Valachie de 1765 à 1816, In: *Festschrift für P. J. Zepos*. I. Athènes, 1973.; G. Cront: Le droit romano-byzantin dans les pays roumains à l'époque Phanariote. In: *Symposium l'époque Phanariote*. 145–Institute for Balkan Studies, Thessaloniki, 1974. 315–325.; Roumanie. Rapports des juristes roumains aux IX^e Congrès International de droit comparé. Teheran, 1974, *Revue roumaine des Sciences Sociales, Série des Sciences juridiques*, Bucuresti, 1974.; V. Al. Georgesco: Le Chrysobulle valaque du 15 juillet 1631 et sa place parmi les Types de «cartae libertatum», In: *Album E. Mályusz*. Bruxelles, 1976.; K. Zach: Orthodoxe Kirche und rumänisches Volksbewusstsein im 15. bis 18. Jahrhundert, Wiesbaden, 1977.; Y. Eminescu – T. Popescu: Les codes civils des pays socialistes. Bucuresti, 1980.; Y. Eminescu: Gemeinsamkeiten und Unterschiede im Zivilrecht der europäischen sozialistischen Staaten. *Jahrbuch für Ostrecht* 21 (1980) 47–63.; M. Cismarescu: Einführung in das rumänische Recht. Allgemeine Grundzüge und Tendenzen. Darmstadt, 1981.; D. Nastase: Roumains Romains et Grecs Romains. In: *La nozione di „romano” tra cittadinanza e universalità. Da Roma alla Terza Roma. Documenti e studi II*. Napoli, 1984. 391–404.; V. Spinei: Moldavia in the 11th–14th Centuries. Bucuresti, 1986.; H. Izdebski: Les sources du droit dans les pays socialistes européens. *Revue Internationale de Droit Comparé* 38 (1986) 7–56.; V. Al. Georgesco: Développement du droit dans le Sud-Est. In: *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*. Hrsg. von H. Coing III. 5. München, 1988.; V. Gionea: Le Code Calimache, In: *Velké kodifikace*. I. Praha, 1989. 229–245.; H. B. Oprisan: Les princes Phanariotes et l'eupéanisation des Roumains. *Balkan Studies* 31 (1990) 107–130.; G. Vlad: The Romanians. A History. Columbus (Ohio), 1991.; V. D. Zlatescu — I. Moroianu Zlatescu: Le droit roumain dans le grand système romano-germanique. *Revue Internationale de Droit Comparé* 43 (1991) 835skk.; C. R. Zach: Staat und Staatsträger in der Walachei und Moldau im 17. Jahrhundert.

München, 1992.; R. Sanilevici: The Romanian Civil Code and Its Fate Under the Communist Regime. In: European Legal Traditions and Israel. Jerusalem, 1995.; Die Rumänen und Europa. Vom Mittelalter bis zur Gegenwart. (hrsg.: H. Heppner). Wien, 1997.; G. Stalfort: Rumänien: Das neue Gesellschaftsrecht. Teil 1: Gründung einer Handelsgesellschaft. Recht in Ost und West 7/1997.; Uő.: Rumänien: Das neue Gesellschaftsrecht. Teil 2: Die Handelsgesellschaft nach der Gründung. Recht in Ost und West 8/1997.; Hamza G.: Az európai magánjog fejlődése. A modern magánjogi rendszerek kialakulása a római jogi hagyományok alapján. Budapest, 2002. 87. és 206. sk.; G. Hamza: Die Entwicklung des Privatrechts auf römischrechtlicher Grundlage unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsentwicklung in Deutschland, Österreich der Schweiz und Ungarn. Budapest, 2002. 216–223.; Sipos I.: A kereskedelmi jog Románia jogrendszerében. Acta Facultatis Politico-Iuridicae Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eötvös nominatae 38–39 (2001–2002) 171–177.; Boóc Á.: Megjegyzések a román részvénytársasági szabályozáshoz. Cég és Jog 2003/12. 27–30.; Földi A. – Hamza G.: A római jog története és intézményei. 8. átdolg. és bőv. kiadás, Budapest, 2003. 123.

GÁBOR HAMZA

TRADITIONS JURIDIQUES BYZANTINES ET TRADITIONS JURIDIQUES DE L'EUROPE OCCIDENTALE DANS LE DÉVELOPPEMENT DU DROIT PRIVÉ ROUMAIN

(Résumé)

Dans les principautés danubiennes qui sont devenues des vrais Etats aux XIII-XIV^e siècles, l'influence du droit romano-byzantin (*ius Graeco-Romanum*) ne se manifesta que tardivement. Après l'expulsion des Tartares, la Valachie est devenue un fief du roi hongrois, et la Moldavie celui du roi polonais, puis de l'Empire Ottoman à partir des XV^e–XVI^e siècles. Le *Nomokanôn* de Manuël Malaxas (1561–1563), version augmentée et développée (déjà groupée thématiquement) du *Syntagma kata stoicheion* de Blastarès, était une source juridique estimée dans les deux principautés.

Les souverains roumains (voïvodes ou hospodars) ont également exprimé leurs prétentions de monarque: le voïvode de Moldavie inspiré du modèle

byzantin (par le truchement bulgare) se désignait déjà en 1337 par l'équivalent du mot slave *αὐτοκράτωρ*. Au XVII^e siècle, les travaux suivants montrent l'influence du droit romano-byzantin: la première partie du code du souverain moldave, Vazil Lupu, qui contient en grande partie des règles pénales, (*Carte românească de învâpătură de la pravilele împărătești*, 1646), englobe le *Syntagma* et le *Nomos georgikos*; puis le nomocanon du voïvode de Valachie, Matej Bazarab (*Indreptarea legei*, 1652) qui règle le droit privé, ainsi que le droit pénal et le droit agraire.

Au XVIII^e siècle, le projet de code complexe, *Νομικὸν πρόχειρον* (*Nomikon procheiron*) à côté des textes des *Basilika*, de l'*Hexabiblos* et du *Syntagma*, emprunte directement aux *Institutiones* de Justinien et du *Codex Iustinianus*. Le rédacteur de ce projet, M. Photeinopulos, dit aussi le «Bartole de Valachie», n'a pas encore pris en considération l'évolution de la science juridique européenne. Mais au début du XIX^e siècle, en Moldavie, le code civil du prince Scarlat Kallimachos en 1817 (Κώδιξ πολιτικός [Kódix politikos] ou Codex Callimachos) montre déjà l'influence de l'ABGB autrichien à côté des *Basilika*. En revanche, le code de Caragea, prince de Valachie, en 1818 (Νομοθεσία [Nomothesia] ou Cod Caragea) n'est autre que la version réduite des *Basilika* selon le système de l'*Hexabiblos*.

Le Code civil roumain promulgué en 1865, reprenant le système des institutes, était influencé par le Code civil français, le projet de Giuseppe Pisanelli du *Codice civile* italien de 1865, et la loi belge relative aux sûretés et à l'hypothèque (1851). Mais le Code civil roumain emprunte également aux anciens codes (Codex Callimachos et Code Caragea) et pour plusieurs institutions juridiques, ses rédacteurs ont directement utilisé le droit romain comme source. En 1940, le projet du nouveau Code civil roumain reflète l'influence de l'Ecole allemande des pandectistes et celle du BGB allemand. Mais ce projet n'est jamais entré en vigueur. Il faut noter que le Code civil roumain de 1865 n'a pas été mis hors vigueur – formellement – à l'époque dite socialiste.

On peut aussi démontrer l'influence de l'Ecole allemande des pandectistes sur la science juridique roumaine. Cette constatation est prouvée en Roumanie par les spécialistes du droit romain, d'histoire du droit et du droit civil formés aux universités allemandes (parmi lesquels émerge surtout S. G. Longinescu).

Periculum és degustatio

(Kockázattelepítés a klasszikus római jogban)

A jubiláns gazdag életművében többször foglalkozott a veszélyviselés témakörével. A *locatio conductio* tényállásait feldolgozó kandidátusi értekezésében külön fejezet taglalja a *periculum* problémáit.¹ A *periculum est emptoris* elvének klasszikus kori létezése mellett érvel az A. Guarino tiszteletére írt tanulmányában.² Akadémiai doktori értekezésének átfogó, a római jog szerződéses felelősségi rendszerét áttekintő fejezetei újra és újra foglalkoznak a veszélyviselés forráshelyeivel.³ A Molnár Imre munkássága előtt tisztelgő tanulmány a jubiláns kutatási eredményeire épít, és ezzel is a szegedi tanszék munkájának kontinuitását hangsúlyozza: a klasszikus római jog dogmatikailag jelentős témaköreire koncentráló, pozitivista szellemű iskolát Pólay Elemér alapította és emelte nemzetközileg elismert rangra, amit Molnár Imre méltó utódként fejlesztett tovább.⁴

Periculum alatt általában a szerződés tárgyának vétlen pusztulását értjük; mindig az a központi kérdés, hogy a felmerült kár melyik szerződő partner vagyonát csökkentse. Róma adásvételi jogában (az uralkodó felfogás szerint) maradéktalanul érvényesült az alapelv, hogy a szerződés megkötése után a vevő viseli a veszélyt (*periculum est emptoris*). Ez a szabály csak akkor módosul, ha a jogügylet még nem perfekt, például ha a hatálya felfüggesztő feltételhez vagy időtűzéshez kötött vagy az árut még nem konkretizálták az egyedre, például, ha egy készletből vagy több szolgáltatásból ki kell választani, ha a vevő jóváhagyása szükséges, vagy ha az árat méréssel vagy számolással még meg kell hatá-

¹ Publikálva MOLNÁR I.: Gefahrtragung beim römischen Dienst- und Werkvertrag. *Labeo* 21 (1975) 23–44; MOLNÁR I.: Verantwortung und Gefahrtragung bei der locatio conductio zur Zeit des Prinzipats. *ANRW II*, 14 (1982) 583–680.

² MOLNÁR I.: *Periculum est emptoris* im römischen Recht der klassischen Periode. *Sodalitas. Scr. A. Guarino* 5, Napoli 1984, 2227–2255; hasonlóan MOLNÁR I.: Die Frage der Gefahrtragung und des Eigentumsüberganges beim Kauf. *Index* 16 (1988) 25–29; MOLNÁR I.: Die Ausgestaltung des Begriffes der vis maior im römischen Recht. *Iura* 32 (1981) 73–105.

³ MOLNÁR I.: *A római magánjog felelősségi rendje*. Szeged 1993.

⁴ Elég, ha nemzetközi hivatkozásokban bővelkedő idézési indexére utalok.

rozni; ha az árut még elő kell állítani.⁵ A tankönyvek és a tudományos munkák évszázadok óta azon fáradoznak, hogy a klasszikus római jogászok kazuisztikájából mindenáron általános érvényű főszabályt absztraháljanak. Ennek megalkotásában a *perfectio* fogalma segít. Az általános érvény igényét magának vindikáló „főszabály” azonban igen nehézkes. Már Wolfgang Kunkel szkeptikusan kérdezte, hogy ennyi kivétel mellett lehet-e egyáltalán még főszabályról beszélni?⁶ Ernst Rabel a kivételek hosszú listáját mérlegelve már 1921-ben arra a következtetésre jutott, hogy a problémát csak a kazuisztika keretein belül szabad kezelni, általános érvényű főszabály nem létezett.⁷

A klasszikus római jogászok veszélyviselésre vonatkozó kommentárjait a kompilátorok a *Digesta* 18, 6 *titulusa* alatt foglalták össze. Az itt található szövegek túlnyomó része a bor eladásával foglalkozik. A borvétel tehát a veszélyviselés iskolapéldája, elévülhetetlen toposza volt a klasszikus római jogban. A gazdag forrásanyag lehetővé teszi a szerződési modell mélyreható, a gazdasági hátteret is figyelemmel kísérő vevő elemzését.

Jelen tanulmány a szerző korábbi kutatásaira épít, amelyek eredményeire itt csupán rövid utalás történik. Kiindulópontul szolgál az a felismerés, hogy a D.18, 6 *titulus* rendszertanilag az adásvételt kísérő mellékegyezmények sorába illeszkedik.⁸ Ez arra utal, hogy itt is olyan mellékegyezményekről lesz szó, amelyek a Kr. u. 6. században élt jusztiniánuszi kompilátorok felfogása szerint a *De periculo et commodo rei venditae* témakörre tipikus kockázattelepítési megoldásokat mutatnak.⁹

Ernst Rabel ötletét követve, de minden rendszert tagadó radikalizmusát elvetve, alternatív koncepciót kívánok felvázolni. Már az idézett tekintélyes romanista azt javasolta, hogy a gazdaságilag jelentős adásvételi típusokat (rabszolgavétel, borvétel) elkülönítve kell elemezni. A klasszikus jogászok munkáinak jobb megértése érdekében az alapul szolgáló szerződési modelleket, a szerződési gyakorlatot kell rekonstruálni, mint az „általános (vagy szokásos) szerződési feltételek” katalógusát. A *periculumhoz* fűzött kommentárokat már Rabel két csoportba sorolta: a borvételtől (D. 18,6,1-6 és C. 4,48,2) és a feltételes vételtől tudósító fragmentumok (D. 18,6,8.10 és C. 4,48,5).¹⁰ Az exegézis szempontjából következetes, de Rabel által nem részletezett differenciálás érdekes, új szempontot vet fel.

⁵ M. KASER: *Römisches Privatrecht I*². München 1975, 552.

⁶ W. KUNKEL/P. JÖRS/L. WENGER: *Römisches Privatrecht*. Berlin 1927, 228.

⁷ E. RABEL: *Gefahrtragung beim Kauf*. SZ 42 (1921) 559 pp.

⁸ JAKAB É.: *Gedanken zur Gefahrtragung beim Kauf*. in: *A bonis bona discere (=Fschr. Zlinszky)*, szerk. Szabó B., Miskolc 1998, 313 pp.

⁹ E tanulmány alapja a szerző 2002. szeptember 11-én Würzburgban, a 34. Deutscher Rechtshistorikertag keretében tartott előadása, amelynek kibővített német nyelvű változata a SZ 121 (2004) számában jelenik meg.

¹⁰ RABEL: *Gefahrtragung* 559 pp.

A Rabel által elkülönített két csoportból e tanulmány tudatosan az elsőre koncentrál; a feltétel tana nem kerül elemzésre. Ehelyett a klasszikus források központi fogalmaiból indulunk ki; ezek a *periculum*, a *degustatio* és a *mensura*. Először meg kell kísérelnünk ezen fogalmakat praxisorientáltan definiálni.

1. A *periculum fogalma a kutatások tükrében*. A *casus maior* vagy *vis maior* alatt általában olyan véletlent értünk, amelynek emberi erővel ellenállni nem lehet (D. 44, 7, 1, 4 Gaius). A tankönyvek hagyományosan a természeti csapásokat (pl. földrengés, tűzvész, árvíz, hajótörés, villámcsapás, vihar¹¹) és az elháríthatatlan emberi magatartást sorolják ide (háború, forradalom, rablóbanda támadása).¹² A veszélyviselés szabályai a szerződési jogban azt a problémát igyekeznek kezelni, hogy melyik szerződő fél viselje a *vis maior* által okozott kárt. Az adásvételnél speciálisan az árveszélyről van szó: ha a dolog az adásvétel megkötése, de a *traditio* (az áru átadása) előtt *vis maior* következtében elpusztul vagy megrongálódik, akkor a vevő kényszeríthető-e a vételár kifizetésére?¹³ Ha az eladót terhelné a veszély, akkor a dolog megsemmisülése esetén nem, megrongálódása esetén pedig csak leszállított árat követelhetne. Ha a vevő viseli a veszélyt, akkor ki kell fizetnie a teljes vételárat akkor is, ha a dolgot csak megrongálódva vagy egyáltalán nem kapja meg.¹⁴

Főszabályként a klasszikus római jogban az uralkodó nézet szerint a *periculum est emptoris* elve érvényesült, a veszélyt a vevő viseli az adásvétel megkötésétől (*consensus*) kezdve.¹⁵ A Digestában azonban számos jogtudósi vélemény található, amely nehezen harmonizálható ezzel az általános elvvel.¹⁶

Több szerző felismerte már ezt a problémát és a megoldást a *periculum* fogalmának differenciáltabb felfogásában kereste; eredményeikre nagyban épít ez a tanulmány is.

¹¹ Az utóbbihoz vö. F. WUBBE: Vi tempestatis. in: *Mélanges Fritz Sturm*, szerk. J. F. Gerkens/H. Peter/P. Trenk-Hinterberger/R. Vigneron, Liège 1999, 579–593.

¹² Vö. MOLNÁR I./JAKAB É.: *Római jog*. Szeged 2003, 265; FÖLDI A./HAMZA G.: *Római jog*. Budapest 1996, 421; BENEDEK F.: *Római magánjog*. Pécs 1993, 131.

¹³ Vö. MOLNÁR/JAKAB: *Római jog*, 307; FÖLDI/HAMZA: *Római jog*, 504; BENEDEK: *Kötelmi jog*, 172–3.

¹⁴ KASER: RPR I², 552.

¹⁵ A készvétel koncepciójának befolyásával, a szabály eredetével itt nem kívánunk foglalkozni; vö. erről KASER: RPR I², 552 pp.

¹⁶ Az uralkodó nézet a *perfectio* tanával korrigálja a diszharmoniót, azaz: a veszély akkor száll át a vevőre, ha az adásvétel perfekt, azaz az áru és a vételár rögzítésre került. A legfontosabb támasza ennek a tézisnek D. 18, 6, 8 pr. Paulus. A szakirodalomból vö. KASER: RPR I², a korábbi irodalom összefoglalásával; továbbá R. ZIMMERMANN: *The Law of Obligations. Roman Foundation of the Civilian Tradition*. Oxford 1996, 281 pp. az utóbbi évtizedek legjelentősebb műveivel. Fontos megemlíteni MOLNÁR: *Periculum* 2227 pp.; *Gefahrtragung* 22–55 pp.; W. ERNST: *Periculum est emptoris*. SZ 99 (1982) 243 pp. és W. ERNST: *Gattungskauf und Lieferungskauf im römischen Recht*. SZ 114 (1997) 272 pp.; M. PENNITZ: *Das periculum rei venditae. Ein Beitrag zum „aktionenrechtlichen Denken“ im römischen Privatrecht*. Wi-en/Köln/Weimar 2000, 69 művét.

Theo Mayer-Maly felfigyelt arra, hogy a hatályos polgári jogban „ijesztő mennyiségű használhatatlan definíciós kísérlet” figyelhető meg az ellenállhatatlan erőre vonatkozóan.¹⁷ Összehasonlításul a klasszikus római jogászok fogalomképzési próbálkozásait analizálja a casusok alapján, időrendi sorrendben. Végül arra a következtetésre jut, hogy a definíció-alkotás nehézsége már az ókorban diagnosztizálható. A római jogtudomány nem tudta áthidalni a különböző (részben objektív, részben szubjektív) kritériumok összekapcsolásának problémáját. Ez a bizonytalanság él tovább a *ius commune* és az újkori dogmatika tévelygésében.

Juan Miquel megállapította, hogy a kazuisztikusan gondolkodó ókori jogászok nyelvezete lényegesen különbözik a modern dogmatikáétól. Az ókori jogrendszerekre nem jellemző az egységes terminológia, a rendszerezett gondolkodás, vagy a szigorú dogmatika.¹⁸ Ezért a modern veszélyviselés fogalma semmiképpen sem azonosítható a római *periculum*mal. A klasszikus római jogászok még a felelősség és a veszélyviselés között sem tettek élesen különbséget. A *periculum* az antik kommentárokból többjelentésű fogalom, amit néha kockázatként vagy kárként, másutt a felelősség fajaként fognak fel. Sokszor még a *periculum vis maioris* és a *periculum custodiae* sem válik el markánsan a forrásokban. Miquel¹⁹ hangsúlyozza, hogy a római *periculum* elasztikus fogalom, ami alig hasonlítható össze a modern dogmatika „feszés” fogalmaival.²⁰ A hagyományos dogmatikai nézet a veszélyviselés és a felelősség között éles választóvonalat húz.²¹ Ez a modern magánjogi rendszerek rendszerezett szemléletéből ered, de nem felel meg a források sokszínűségének. Már a 19. századi pandektista jogtudomány hangoztatja, hogy a *periculum* fogalmát nem lehet pontosan körülírni.²²

Geoffrey MacCormack felhívja a figyelmet arra, hogy a *periculum*ra vonatkozó szövegeket differenciáltan kell kezelni. A *periculum* többnyire kárt, vagy a kár lehetőségét, a dolog pusztulásának a lehetőségét jelenti; de a jogtudósi vélemények kontextusa (a responsumot kiváltó tényállás) még azonos témakörön belül is különböző lehet. Szerinte a *periculum* jogi összefüggésben mint „chance of loss” definiálható; a veszteség többféle okból következhet be. A szerző tudatosan lemond a „risk” és a „responsibility” közti éles differenciálásról²³ és határozottan fellép a *periculum vis maioris* és a *periculum custodiae* közti különböztetés ellen. Igyekszik a *periculum* fogalmát a konkrét kontextu-

¹⁷ TH. MAYER-MALY: Höhere Gewalt: Falltypen und Begriffsbildung. in: *Fschr. A. Steinwenter*. Graz/Köln 1958, 65 pp.

¹⁸ J. MIQUEL: *Periculum locatoris*. Ricerche in tema di responsabilità contrattuale. SZ 81 (1964) 139 pp.

¹⁹ MIQUEL: *Periculum* 139.

²⁰ KASER: *RPR* I² 552; MIQUEL: *Periculum* 142, 170 pp.

²¹ Vö. KASER: SZ 74 (1957) 156; H. HONSELL: *Iura* 24 (1973) 331. MIQUEL: *Periculum* 187 pp.

²² CH. F. GLÜCK: *Ausführliche Erläuterung der Pandekten IV*². Erlangen 1820, 367 pp.

²³ G. MACCORMACK: *Periculum*, SZ 96 (1979) 129 pp.

sok alapján, kazuisztikusan meghatározni. A *periculum* – mint a „veszteség lehetősége” – elmélete szerint egyaránt jelentkezhet a „financial loss” (pénzügyi veszteség) vagy a „physical loss” (a dolog megsemmisülése) formájában. MacCormack²⁴ hangsúlyozza, hogy a *periculum* összetett, nem egységes fogalom. Miquel és MacCormack eredményeire épít Molnár Imre átfogó felelősségtani munkája.²⁵

Érdekes kísérletet tesz Mario Talamanca, aki igyekszik összekapcsolni a két ellentétes álláspontot; szerinte a klasszikus római jogászok állásfoglalásaiban mind a *periculum emptoris*, mind pedig a *periculum venditoris* elvének nyomai felfedezhetők.²⁶ A *periculum est emptoris* megoldása ellentmond a *casum sentit dominus* elvének,²⁷ amit a legtöbb szerző azzal indokol, hogy az adásvétel megkötésétől a vevő vagyonához tartozik a dolog, ezért száll át a veszély.²⁸

Wolfgang Ernst több tanulmányt is szentelt a veszélyviselés kérdésének; nézetére jellemző, hogy visszanyúl Windscheid örökségéhez, de kombinálja a pandektisztika eredményeit mestere, W. Flume „Rechtsakt”-elméletével.²⁹ A fiatal tudós a *perfecta emptio* tételéből indul ki, mert ettől függ, hogy az adásvétel mint „jogi aktus” egyáltalán létezik-e. Mivel a „Rechtsakt” előtt nincs érvényes szerződés, a veszély sem szállhat át a vevőre.³⁰ A *vis maior* fogalmánál Ernst két fejlődési fokot lát a forrásokban: a régebbi szóhasználat a *vis maior* „sachbezogen”, azaz a dologra vonatkoztatva fogja fel; ennek következménye a pozitív kockázattelepítés. A későbbi római jogi irodalom viszont már „leistungsbezogen, haftungsentlastend”, azaz a szolgáltatás lehetetlenülésének veszélye és a felelősség alóli mentesülés szempontjára koncentrál. Ernst egységes, de szigorúan a forrásokból levezetett, történeti fogalom megalkotására törekszik.

²⁴ G. MACCORMACK: *Periculum*, SZ 96 (1979) 129 pp.; G. MACCORMACK: Further on *Periculum*, BIDR 82 (1979) 11 pp.; G. MACCORMACK: Alfenus Varus and the Risk in Sale. LQR 101 (1985) 573 pp.

²⁵ MOLNÁR: *Felelősség* 188 pp.

²⁶ M. TALAMANCA: Considerazioni sul *periculum rei venditae*. in: SC 7 (1995) 271 pp.; M. TALAMANCA: *Vendita in generale (Diritto romano)*, in: ED 46 (1993) 451 pp.

²⁷ Vö. BENEDEK: *Magánjog* 172.

²⁸ J. G. WOLF: *Barkauf und Haftung*. D. 19,1,23 Iul. 13 dig., TR 45 (1977) 13 pp.; F. PETERS: Die Verschaffung des Eigentums durch den Verkäufer SZ 96 (1979) 182 pp.; F. PETERS: *Periculum est emptoris*, in: *Iuris Professio. Festschr. Kaser*, Wien 1986, 221 pp.; M. BAUER: *Periculum emptoris. Eine dogmengeschichtliche Untersuchung zur Gefahrtragung beim Kauf*. Berlin 1998, 75 pp.; ZIMMERMANN: *Obligations* 290 pp.; C. A. CANNATA: *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*. Catania 1996, 15.; R. CARDILLI: *Un'obbligazione di „praestare” e la responsabilità contrattuale in diritto romano*. Milano 1995, 335 pp.

²⁹ W. FLUME: *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken II*, München 1990, 9 pp.

³⁰ ERNST: *Periculum* 243 pp.; W. ERNST: Wandlungen des *vis maior*-Begriffes in der Entwicklung der römischen Rechtswissenschaft, Index 22 (1994) 298. Öt követi BAUER: *Periculum* 36 pp.

A szerző világos dogmatikai fejtegetése megnyerő, de éppen a borvételre nem alkalmazható maradéktalanul. Ernst a *periculum* kettős felfogása mellett érvel: Ha a dolog a feltétel bekövetkezése előtt megsemmisül, akkor nincs jogügylet, mivel a szerződés tárgya a perfectio időpontjában még nem létezik (*periculum venditoris*, de a *casum sentit dominus* értelmében). Ha azonban a dolog csupán megrongálódik, akkor érvényes az adásvétel és a rosszabbodás veszélyét a vevő köteles viselni. A borvétel tipikus *periculum*-eseménye, a bor megsavanyodása (*acor*) vagy lepedékessé válása (*mucor*) viszont „pusztán” a dolog romlása, aminek kárát a *degustatio* révén mégis az eladó viseli. A *mensura* tekintetében később maga Ernst is arra a következtetésre jut, hogy az adásvétel perfectióját a jövőbeli kimérés általában nem függeszti fel, csupán a veszély átszállását halasztja el.³¹

Martin Pennitz abból indul ki, hogy a klasszikus római jogászokra a keresetjogi gondolkodás a jellemző. Szerinte a per és a „prozessuales Risiko” determinálja a *periculum*-forrásokat; a jogászok mindig a perbeli esélyeket mérlegelik, és ez befolyásolja döntésüket a *periculum*nál is: „Der ‚riskante’ Aspekt scheint hiebei für die betroffene Partei darin zu bestehen, daß jene Umstände der überlieferten Sachverhaltskonstellationen, die sich im nachhinein aus prozessualer Sicht als nachteilig erweisen, vom üblicherweise zu erwartenden Ablauf des jeweiligen Geschehens abweichen; sie waren also beispielsweise für die davon getroffene Partei nicht vorhersehbar oder entsprechen eben nicht der – in aller Regel zu vermutenden – Erwartungshaltung der Parteien”.³² Pennitz álláspontja eddig még nem talált pozitív visszhangra.

Már J.–H. Michel hangsúlyozza, hogy a *lex venditionis* döntő befolyással bírt az adásvételi jog diszpozitív szabályainak kialakulására. Fontos az a felismerése, hogy az eladó aktív, míg a vevő passzív szerepet játszik az árverési formában való vételnél.³³ Nem követhető viszont az a tézise, hogy az eladó kihasználná ezt a pozíciót és a vevő számára hátrányos *periculum est emptoris* elfogadtatására szorítaná szerződő partnerét. A felek alkuja, amint azt már Cato is érzékeltette, lényegesen sokrétűbb. Gazdaságilag nem lehet életképes az a modell, amelyiknél az egyik fél aránytalanul kedvezőbb pozíciót élvez.

Összefoglalóan megállapíthatjuk, hogy már számos szerző megkísérelte a *periculum* fogalmát differenciáltan és többretegűen meghatározni. A szerzők egyetértenek abban, hogy a *periculum* jelentéstartalma összetett. A római jogászok nyelvezete modern kategóriáink alapján néha ellentmondónak és pontatlannak tűnik. Több olyan forráshely található, amely a *vis maior* és a *casus minor*, a veszélyviselés és a felelősség különbségét látszólag ignorálja.

³¹ ERNST: *Gattungskauf* 285 pp..

³² PENNITZ: *Periculum* 54 pp.

³³ J.-H. MICHEL: L'influence de la *lex venditionis* sur les règles du contrat de vente. *RIDA* 3. ser. 13 (1966) 333 pp.

A már több szerző által felismert probléma arra ösztönöz, hogy a források analíziséhez új szempontokat keressünk. Célszerűnek tűnik a szerződési modellek rekonstrukciója, amelyek a szüksézávan fogalmazott (vagy később lerövidített) jogtudósi döntések alapját képezték. MacCormack színes mozaikot vázolt fel, de lemondott az egyes forráshelyek alapos exegéziséről.³⁴ A következőkben egyetlen adásvételi típust elemzünk, a D. 18 *titulus* alatt domináns borvételt, és igyekszünk az alapul szolgáló tudományos eredményeket kiegészíteni.

2. *Tipikus kockázati tényezők a borvételnél.* A *periculum* fogalmának meghatározásánál a bor adásvételének tipikus rizikófaktoraira kell koncentrálni és ezen keresztül konkretizálni a jogintézmény jellemzőit. A jogi források itt elsősorban az *acor* és a *mucor* kockázatát emelik ki: ezek azok a tipikus veszélyek, amelyekre a szerződési gyakorlat jellemző mellékegyezményeket dolgozott ki; ezeket kommentálják a jogtudósok is. Milyen összefüggésben áll a szőlő- és bortermelés egyes technológiai folyamataival a *periculum acoris et mucoris*?

A források számos rizikófaktorról tudósítanak, amelyek a szőlő termesztése, szüretelése, a bor erjedése, forrása és raktározása folyamán léphetnek fel. A leendő bor minőségét például kedvezőtlenül befolyásolhatja a rosszul időzített szüret. Ha a gazda sokáig halogatja, vagy a rossz időjárás miatt túl korán kezdi, veszélyezteti a minőséget. Cato hangsúlyozza, hogy a túlérlett vagy az éretlen szőlőszemeket külön kell szüretelni, mert közismerten rossz minőségű bort adnak.³⁵ Szerinte az ilyen bort csak a rabszolgáknak vagy a mezőgazdasági idénymunkásoknak lehet kimérni.³⁶ Ha szüretkor esős volt az idő, akkor Columella szerint a bor legfeljebb 30 napig tartható el.³⁷ Ha a mustot a taposókádból a *cella vinariá*ban lévő erjesztő hordókba vezetik, az ilyen gyöngé boro- kat külön kell kezelni.

A fenti veszélyforrások olyan *vis maior* jellegű események, amelyek már a szőlő leszüretelése előtt kedvezően vagy kedvezőtlenül befolyásolják az új bor minőségét. Bizonyos eseményekre kiterjeszthető a vincellér *dolusa* vagy *culpaja* (túl korai vagy késői szüret, a gyenge minőségű must hozzákeverése a jóhoz), mások egyértelműen a véletlen területére esnek (esős időjárás, kedvezőtlen hőmérséklet). A források mindenesetre mutatják, hogy a *degustatio* már a must esetében ésszerű intézkedés lehet.

A pincében a hordókat egymástól kellő távolságra kell felállítani; az esetleges hibák (rossz szag, penészedés) egyébként azonnal átterjednek az egész rak- tárkészletre.³⁸ A hordókat a szüret előtt alaposan ki kell mosni és szárítani.³⁹ Az erjesztő hordókat nem szabad egészen teletölteni, mert a must forrás közben

³⁴ MACCORMACK: *Periculum* 129 pp.

³⁵ Cato agr. 23.

³⁶ Cato agr. 23; hasonlóan P.Flor. 140 recto, 7. sor.

³⁷ Colum. 12, 20, 7.

³⁸ Plin. nat. 14, 34.

³⁹ BGU VII 1549.

habzik. A hordók felső, szabadon álló részét időről időre kiforralt mustból készült sziruppal kell kengetni, naponta többször erős kefével tisztogatni.⁴⁰ Nagyon fontos a rendszeres ellenőrzés ebben a fázisban is. Ha a bor fehér habbal forr, az jó minőségre utal; ha viszont vörös színű hab terjed a must tetején, a hordók melegszenek, a fedelek izzadnak, akkor a bor nem tárolható sokáig.⁴¹ A gyors beavatkozás esetleg még segíthet: Columella azt ajánlja, hogy ürítsük ki a hordókat, főzzük fel a romlásnak indult bort, keverjünk hozzá márványlisztet és fűszereket. Ha mindez nem használ, akkor nem marad más hátra, mint gyorsan elfogyasztani vagy eladni az egész mennyiséget.

A bor előállításának technológiai folyamata további veszélyekkel jár. A bor megromlása néha olyan körülményekre vezethető vissza, amelyek az eladó *dolusa* vagy *culpaja* alá esnek (hordók hanyag előkészítése, a kezelés hibája). De előfordul, hogy a vincellér a legjobb tudása szerint jár el, mégis bekövetkezik a baj. A következő papirusz is erre hoz példát. Hermes, aki egy fajumi szőlőbirtokon volt pincemester, levélben figyelmezteti urát:⁴² „Az első hordóból egy iható, a többi savanyú. Annak érdekében, hogy ne veszítsük el ezeket (ne károsodjunk), mondd, hogy el akarod-e adni őket. Ugyanis nem tárolhatók hosszú ideig, ha nem adjuk el őket azonnal”. Megtudjuk, hogy a hordóban lévő bor a pincében már romlásnak indult, kellemetlen szagot áraszt. A készletet gyorsan el kell adni, mintegy kárenyhítési megoldásként.

P.Lond. I 113 11.a szerint a raktározott bort az eladónál már Thoth havának 19-én (szeptember közepe) ecetesnek találták. Tehát már az első, gyors forrás után beállt a romlás. Ez arra enged következtetni, hogy az előkészítő szakaszban lépett fel a *vis maior*, például esős idő vagy az elemi higiénia hiánya miatt.

De a bor az amphorákba töltés után is megromolhat. Különösen veszélyes a használt tárolóedények (hordók, amphorák) alkalmazása, mert a felületes előkészítés miatt könnyen megsavanyodik a bor. Semmiképpen sem szabad olyan edényeket használni, amelyekben korábban mustot vagy édes bort tároltak. Plinius szerint ezeknél még az ecetes hordók is jobbak.⁴³

A pincészetben végzett munkák különös kockázatáról tudósít Ulpianus⁴⁴ egy jogesetben, ahol a borral teli hordók kezelését vállalkozóra, *textorra* bízta a gazda. Valószínűleg utólagos tömítésről vagy a hordók fedelének légmentes lezárásáról volt szó. A *textor* azonban ügyetlenül járt el, a *lacus* megrepedt és kifolyt a bor. Ha már eladott borról van szó, felmerül a kérdés, hogy az eladó a *custodia*-felelősség alapján felel-e a kárért.

A „Philogeloszban”, a „nevetés barátja” című ókori viccgűjteményben olvasható a következő tréfa: „A szkolasztikosz (szórakozott, együgyű ember) viaszpecséttel lezárta a falernuszi bort tartalmazó hordócskát. De a rabszolgája

⁴⁰ Plin. nat. 14, 135.

⁴¹ Plin. nat. 14, 136.

⁴² P.Oxy. XIV 1673, 2. sz.

⁴³ Plin. nat. 24, 128.

⁴⁴ D. 9, 2, 27, 35.

később alulról megfúrta a hordót és bort csapolt le belőle. Az úr csodálkozott, hogy a pecsét sértetlen, mégis kevesebb lett a bor. Barátja azt mondta neki: 'Talán alulról vettek ki belőle'. 'Tökfilkó' – válaszolta az úr –, 'hisz nem alul hiányzik, hanem felül!'

Bor lopásáról olvashatunk Paulus kommentárjában is,⁴⁵ ahol a bor tárolására szolgáló ciszternából vagy hajóból (amelybe a borokat összeöntötték) valaki néhány *sextarium*ot kiemelt. Ha a familiához tartozó rabszolgák vagy idegenek jogellenesen eltulajdonítanak a borból, szintén felmerül az eladó *custodia*-felelősségének a problémája.

A fenti eseteken kívül, amelyek a borral kapcsolatos jogügyletek speciális kockázatát mutatják, természetesen a klasszikus *vis maior* is felléphet természeti csapás, katasztrófa formájában. Elképzelhető, hogy árvíz, tűzvész vagy az ellenség betörése okozza az eladott bor megsemmisülését vagy megromlását. A klasszikus római jogászok azonban a bor adásvételét tárgyaló kommentárjaikban szinte egyáltalán nem foglalkoznak a *vis maior* ún. „általános” fogalmához tartozó eseményekkel. A kommentárok sokkal inkább a borvételre jellemző szerződési modellekre koncentrálnak.

A szerződési praxis kidolgozott két tipikus mellékegyezményt, amelyek a felek közti kockázatot precízen telepítik, a *degustatio*t és a *mensurat*. Ez a két klauzula gyakorlatilag minden szerződés-specifikus kockázati tényezőt szabályozni tud, és kombinációjuk a szerződési modellek végtelen variációját teszi lehetővé.

Alkalmazásuk természetesen gazdasági tényezőktől is függ: a vevő többnyire drágán köteles megfizetni azt, ha az eladó a kockázatot átvállalja. Erre figyelmeztet a következő levél: A csalódott vevők, Szarapion és Apollonidesz dühösen írnak eladójuknak, Philammonnak:⁴⁶ „Ha olcsó bort akartunk volna venni, amit kóstolni sem érdemes, akkor nem zaklattunk volna téged”. Azaz vannak gyenge minőségű, rövid ideig tárolható borok, amelyek a mindennapos fogyasztásra (háztartáshoz tartozó szolgaszemélyzet, rabszolgák) szolgálnak; ezek nyilván olcsóak. Vannak viszont olyan borok is, amelyek drága, minőségi árunak számítanak. P.Lond. I 113 11.a ezeket a „*hoi eosz tou Tybi menosz*” kifejezéssel jelöli, azaz olyan borokról beszél, amelyeket Tybi haváig (januárig) el lehet tartani. Csak ezeket érdemes kóstolni és ezeknél érdemes a *periculumot* szerződésileg szabályozni.

3. A *degustatio* jelentősége a szerződési modellek tükrében. A kóstolás technikai lebonyolításáról az ókori gazdasági szerzők bőségesen informálnak. Cato azt ajánlja, hogy öntsünk fél ecetespohárnyi nagyszemű árpadarát egy új pohárba, öntsünk hozzá egy *sextarium*ot abból a borból, amelyet ki akarunk próbálni, szénparázs fölött forraljuk fel kétszer-háromszor,⁴⁷ majd szűrjük le és

⁴⁵ D. 47, 2, 21, 5.

⁴⁶ P.Heid. III 230.

⁴⁷ Cato agr. 108.

tegyük ki a szabadba éjszakára; ha a bor íze a következő napon változatlan, akkor tartós marad.⁴⁸ Plinius másik módszerre esküszik:⁴⁹ azt ajánlja, hogy tegyünk egy darab ólmot a borba, és ha megváltozik a színe, akkor a bor hajlamos a romlásra. Ha arra gyanakszunk, hogy a bor vizezett, akkor puszpángfából készült edénybe kell önteni; ennek a fának állítólag az a tulajdonsága, hogy a bort átengedi, de a vizet felfogja.⁵⁰

A fenti kóstolási trükköket a bor előállításának technológiai folyamatában logikailag több időpontban is lehet alkalmazni. A következőkben azt kell megvizsgálnunk, hogy a források szerint mikor került sor tipikusan a *degustatoria*. Előbb az Egyiptom római korszakából származó görög papiruszokban keresünk erre választ. Majd a római forráshelyekben kutatjuk, hogy a papiruszokban diagnosztizált szerződési modellek nyomai fellelhetők-e ott is.

Ha a vevő a must vagy a bor minőségét már az adásvételi szerződés megkötése előtt megvizsgálja, nincs szükség speciális jogi szabályozásra. Ezt az egyszerű lebonyolítási módot tételezhetjük fel, ha a vevő a szüret havában (Meszore) 200 drachma foglalót (*arrabont*) fizet és viaszpecséttel lezárja a pincét (P.Heid. VI 376). Igen valószínű, hogy Horosz is a kész bort kóstolta meg a borospincében, amikor Mecheir havában (január-február) 340 drachmáért vásárolt és a *chitonját* (kabátját) adta zálogba (P.Mich. III 173).

A pincészetben, tehát a bor tárolásának helyén megkötött egyszerű készvétel azonban már az ókorban sem tudta a gazdasági szükségleteket fedezni. Nagyobb mennyiséget Egyiptomban szállítási szerződések révén adtak el, amelyek a Kr. e. 3. századtól a Kr. u. 4–5. századig nagy mennyiségben maradtak ránk. Ezekben már az őszi-téli hónapokban előre eladják a következő szüret várható termését. „*Para lenon*”, közvetlenül a présből történik a teljesítés, a szerződési formulák már a mustot illetően is minőségi előírásokat tartalmaznak: „új must, iható, romlatlan, édes borból, az első préselésből”.

Figyelemre méltó, hogy azokban a szerződésekben, amelyek alapján a megvásárolt mustot a vevő azonnal elszállítja, ritkán fordulnak elő minőségi kikötések. Ha azonban a bor a teljes kiforrásig az eladónál marad, sohasem hiányoznak a minőségi klauzulák. Kézenfekvő a feltevés, hogy ezekben az esetekben már a friss mustot is megkóstolta a vevő, hogy becsülje a bor várható minőségét.

Rómában a bor nagyobb mennyiségben történő eladása árverési formában zajlott. A *forum vinarium* mint nagy forgalmú kereskedelmi központ számos feliratban került megörökítésre. Ha a vevő árverés keretében vásárolt, meg kellett elégednie a dolog pusztá leírásával. Ha drága, minőségi borról van szó, természetes a vevő törekvése (aki esetleg nagykereskedő), hogy a megvásárolt árut közelebből is meg szeretné vizsgálni.

⁴⁸ Fordítás KUN JÓZSEF: *M. Porcius Cato A földművelésről*. Budapest 1966, 211 alapján.

⁴⁹ Plin. nat. XXX.

⁵⁰ Plin. nat. XXX.

Már Cato kitanítja olvasóit, a birtokosokat, az alkalmazandó szerződési formuláról: milyen szerződési kikötésekkel lehet a legkedvezőbben túladni a készleten. Azt javasolja, hogy biztosítsanak a vevőnek *degustatio*: *in triduo proxumo*, a következő három napon belül meg lehessen kóstolni a bort. A három nap az adásvételi szerződés megkötésétől kezdődik. A kezdeti *degustatio* alapján a vevő visszaléphet a vételtől, ha a szerződés-specifikus hibákat (*acor*, *mucor*) észleli. Cato ajánlott modelljében az eladó az *acor*, *mucor* veszélyét a kimérésig, legkésőbb január 1-ig átvállja (garancia). Joggal tételezhető fel, hogy ekkor az átvételnél kerül sor a második *degustatio*ra.

Kézenfekvő, hogy a rövid határidővel rögzített *degustatio*t a klasszikus római jogászoknál is az aukciók szokásos mellékegyezményeként értelmezzük. Ez a gazdasági és kereskedelmi-technikai szituáció lehetett a mellékegyezmény háttere: *si qui vina vendiderit* (D. 18, 6, 4 pr.), ha valaki bort adott el és határozott időn belül megígérte a *degustatio* biztosítását. Jelen tanulmány számára egyedül a szerződési minta bír jelentőséggel. Az adásvételi szerződést megkötötték, de speciális *dictumot* (mellékegyezményt) fűztek hozzá a felek. A technikus értelemben használt szó az adásvételi terminológiában mindig a vevő javára szóló ígéretet jelent. A bor eladása esetén elsősorban a kezdeti *degustatio*, a kóstolás lehetőségét ígérlik meg a vevőnek: a vevő meghatározott határidőn belül megjelenhet az eladónál és elvégezheti a kóstolást. A *degustatio* célja az esetleges minőségi hibák, az *acor* és a *mucor* kiszűrése. Ha a bor romlott, a vevő visszautasíthatja azt (*improbare*), amint erről Paulus tájékoztat bennünket (D. 18, 1, 34, 5). A *degustatio* tehát az utolsó aktus az adásvételi szerződés megkötésének folyamatában: *quasi tunc plenissime veneat*, csak ekkor lesz a bor véglegesen, teljesen eladva (D. 18, 6, 1 pr. Ulp.).

A *degustatio* garántálása a vevő érdekét szolgálja. Ha rajta áll, hogy a számára biztosított határidőn belül nem él ezzel a lehetőséggel (Cato agr. 148) vagy rosszul, nem szakszerűen (*male*) bonyolítja le (D. 18, 6, 16), az mindig az ő kockázata. Ezért tanítja Cato olyan lelkiismeretesen az olvasóit a *degustatio* szokásos fogásaira.

A friss bor minőségi ellenőrzéséről van szó abban az üzleti levélben is, amelyet Thoth havának 12-én (szeptember közepe) datáltak (P.Oxy. XII 1576): „Horion üdvözlí Dioszt. Tedd lehetővé, hogy az a személy, aki ezt az írásomat átadja, megkóstolhassa a bort”. Még jellemzőbb bizonyos Dioszkorosz urának címzett írása (P.Hamb. I 90): „Ahogyan Horosznak megbízást adtam a borszállítmányról (mennyiségről), jól lezárásra került és ellenőriztem a minőséget és viaszpecséttel lezártam a pincét (vagy a hordókat)”.

Mindegyik fenti eset a kezdeti *degustatio*ról beszél, amely a szerződéskötés folyamatához kapcsolódik. A borvételnek azonban az a sajátossága, hogy tipikusan hitelezett ügylet. A bor nagyon sok esetben augusztus–szeptember hónaptól kezdődően az eladó pincéjében kerül raktározásra, amíg el nem éri a teljes kiforrottság állapotát (kb. decemberig), és ezek után több részletben kerül el-

szállításra. Ha a vevőnek komoly érdeke fűződik a jó minőséghez, akkor igyekszik határozott időre szóló garanciát kialkudni az eladótól.

A papiruszok szállítási szerződesei, amelyekben a bor az eladónál raktározásra kerül, következetesen tartalmazzák a „savanyú, lepedékes vagy rosszul kiforrt” borért való garancia-ígéretet egészen Tybi haváig, azaz januárig. A garancia alkalmazása azonban nem korlátozódik erre az adásvételi modellre. Másutt (P.Mich. inv. 3318) Meszore 20-án (augusztus végén) kötötték meg az adásvételi szerződést, a vevőnek tehát volt lehetősége arra, hogy kellőképpen meggyőződjön a must minőségéről; ennek ellenére ragaszkodik a garancia-ígérethez a bor „jóságáról” Tybi (január) haváig. Ebből a körülményből arra következtethetünk, hogy a bor minőségét januárban még egyszer megvizsgálja a vevő.

Hermesz említi levelében, hogy bizonyos hordókat nem nyitott fel ellenőrző körútja során; az „ügynökök” ugyanis vámi akarnak Tybi 5-ig a kóstolással, hisz akkor lehet majd pontosan megállapítani (a minőséget). Philoromaiosz így ír urának, Calpurniusnak: „28-án megkóstoltuk Nikolaisz borát, úgy találtuk, hogy ki kell cserélni más hordókra (borra más hordókból), mert ecetes a szaga”. A 28-i dátum valószínűleg itt is Tybi havának 28-a volt, azaz január vége.

Az *acor* és *mucor* esetére szóló garanciát a klasszikus római jogászok kommentárjaiban is megtaláljuk. Pomponius D. 18, 6, 6 alatt idézi a szerződési klauzulát: *si vina emerim exceptis acidis et mucidis*. Az adásvételi szerződésben az eladó biztosította a vevőt, hogy olyan bort fog szállítani, ami nem *acor* és nem *mucor*. Ha a bor a raktározás ideje alatt megsavanyodik, a vevő nem kényszeríthető arra, hogy átvegye az árut, mert *acida* és *mucida* mint teljesítési objektum kizárásra kerültek (stipulatio esetén a klauzula az *exceptio*t alapítja meg). Proculus és Pomponius itt a szimmetrikus variációt mérlegeli, azaz ha a vevő a savanyúvá vált bor iránt is érdeklődik.

Cato (agr. 148) formulája kétszer utal a minőségre: *quod neque aceat, neque muceat id dabitur* és *in triduo proximo viri boni arbitrato degustato*. Általában a két szerződési kikötésben egyetlen, egységes kóstolási eljárás leírását látják, amelynek időpontjára a szerzők különböző javaslatokat tesznek. Többnyire abból indulnak ki, hogy Cato a jogügylet lefolyását időrendi sorrendben írja le: először kerül sor a dolog átadására a kiméréssel, majd utána következik a kóstolás. Maga a szöveg azonban nem tartalmaz olyan adatot, amelyből szükségképpen a kronológikus felépítésre kellene következtetni. Vizsgáljuk meg még egyszer az üzleti folyamatot a gazdasági háttér tükrében! A Cato által ábrázolt árverésen a földbirtokos valamilyen nagybani piacon – például a római *forum vinarium*on – akarja értékesíteni termését, távol a birtokától. Az eladási ajánlat felkínálja, hogy a vevő a bort hosszú ideig tárolhatja az eladó pincéjében: januárig vagy egészen a következő szüretig. A papiruszokban láttuk, hogy hasonló gazdasági tartalmú szerződési modellekben többnyire kétfokozatú *degustatio*t alkalmaztak a felek: minőségi ellenőrzés a szerződés megkötésekor (P. Mich. inv. 3318) illetve az áru keletkezésekor (szállítási vételek), és második

degustatio a garanciás idő lejártakor. Kézenfekvő a feltevés, hogy Cato is két minőségi kontrollra gondolt: „kezdeti” (eredeti) kóstolás közvetlenül ügyletkötéskor és „utólagos” kóstolás a garancia lejártakor.

A megismételt minőségi ellenőrzés logikusan illeszkedik a szerződés gazdasági tartalmához és az üzletmenethez. Árverési vétel esetén a vevő pusztán az áru leírása és az eladó szavahihetőségének mérlegelése alapján köt szerződést. Ha legalább közepes minőségű (magasabb árfekvésű) borról van szó, természetes a vevő törekvése, hogy alaposabban is szeretne meggyőződni az áru minőségéről. Az eladó tehát biztosítja számára, hogy a három napos rövid határidőn belül végrehajthatja a kóstolást. A vevő vagy ügynöke a birtokra utazhat és minden hordónál ellenőrizheti a minőséget.

4. A *degustatio* a klasszikus római jogászok kommentárjaiban. A Digesta 18,6 titulusában több fragmentum is található Ulpianus, Paulus és Gaius műveiből, amelyekben a *degustatio* funkciója illetve jogi minősítése áll a középpontban. Az itt következő exegézis során ismét abból indulunk ki, hogy a *degustatio* a bortermelés technológiai folyamatában többféle időpontban fordulhat elő. A joghatások szempontjából két fő csoport között érdemes differenciálni: a kezdeti *degustatio*, amely a szerződéskötés folyamatát zárja le és visszalépési jogot biztosít a vevőnek; illetve a *degustatio* a garanciás szerződéseknél a jótállási határidő lejártakor. Ez a differenciálás új gondolat, amit a szakirodalomban eddig senki sem képviselt. A klasszikus római jogászok kommentárjainak exegézise során minden esetben újra fel kell tenni a kérdést, hogy melyik *degustatio*-ról beszél a forrás, mert a szerződési modell illetve a joghatások ettől függenek.

Az első fragmentum, amit a kompilátorok a veszélyviselésről szóló fejezet élére választottak, a *degustatio* aspektusából közelíti meg az egész problémát (D. 18, 6, 1 pr. Ulpianus 28 ad Sabinum):

Si vinum venditum acuerit vel quid aliud vitii sustinuerit, emptoris erit damnum, quemadmodum si vinum esset effusum vel vasis contusis vel qua alia ex causa. Sed si venditor se periculo subiecit, in id tempus periculum sustinebit, quoad se subiecit: quod si non designavit tempus, eatenus periculum sustinere debet, quoad degustetur vinum, videlicet quasi tunc plenissime veneat, cum fuerit degustatum. Aut igitur convenit, quoad periculum vini sustineat, et eatenus sustinebit, aut non convenit et usque ad degustationem sustinebit. Sed si nondum sunt degustata, signata tamen ab emptore vasa vel dolia, consequenter dicemus adhuc periculum esse venditoris, nisi si aliud convenit.

A fragmentum Ulpianus Sabinushoz írt kommentárjainak a 28. könyvéből származik. Sabinus a Kr. u. 1. század kiemelkedő jogtudósa; feltehetően itáliai

származású és Tiberiustól nyerte el a *ius respondendi* kedvezményét.⁵¹ Az ő tanítványai köréből verbuválódik az ún. Szabinianusok iskolája, amely a principátus jogtudományának domináló szellemi irányzata.⁵² Sabinus *Iuris civilis libri III* című műve a klasszikus jog korában széles körben ismert volt és a 2. századtól kezdve számos kommentárt írtak hozzá.⁵³ A legrészletesebben éppen Ulpianus kommentárja maradt ránk,⁵⁴ amely *lemmata* rendszerében dolgozza fel Sabinus munkáját.⁵⁵ Az eredetileg 62 könyvből álló ulpianuszi művet a posztklasszikus kor elején valószínűleg átdolgozták;⁵⁶ ez a változat lett a kompilátorok „munkapéldánya”. A Digestába felvett fragmentumok sokszor drasztikus rövidítésre engednek következtetni,⁵⁷ ezért az eredeti ulpianuszi szöveg ill. a kiindulásul szolgáló szabinuszi döntés (tényállás) nehezen rekonstruálható.

A kompilátorok a fenti Ulpianus-idézetet állították a *periculum*ról szóló D. 18, 6 *titulus* (*De periculo et commodo rei venditae*) élére.⁵⁸ Már ez a tény amellettszól, hogy a klasszikus római jogász itt a veszélyviselés problematikájában központi jelentőségű rendező elvről, az ún. „főszabályról” beszél. Figyelemre méltó, hogy a *perfecta emptio*ne tana nem kerül kifejezetten említésre.⁵⁹ Az adásvétel „befejezésének” jelentőségére a *quasi tunc plenissime veneat* fordulat utal, amelyre alább még kitérünk.

⁵¹ W. KUNKEL/D. LIEBS: *Die römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung*, 2. kiadás, 2001, 119.

⁵² KUNKEL/LIEBS: *Juristen* 341 pp.; PÓLAY E.: *A római jogászok gondolkodásmódja*. Budapest 1988, 122 pp.; ZLINSZKY J.: *Ius privatum (Római magánjog)* Budapest 1994, 100 pp.

⁵³ Vö. az Aristo tollából származó *Notae ad Sabinum*, majd Pomponius, Paulus és Ulpianus Sabinus-kommentárja, amelyek többnyire a kompilátorok válogatásában maradtak ránk; F. SCHULZ: *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*. Weimar 1961, 262 pp.

⁵⁴ A Digesta mellett a *Fragmenta Vaticana* is tartalmaz számos részletet ebből a műből, ami a kritikus szövegkutatást lehetővé teszi, vö. SCHULZ: *Rechtswissenschaft* 264 pp.

⁵⁵ Uo. 265.

⁵⁶ Uo.

⁵⁷ Uo. 269. E. BETTI: *Periculum. Problema del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano*, St. De Francisci I, Milano 1956, 177; M. M. BENITEZ LÓPEZ: *La venta de vino y otras mercancias en la jurisprudencia romana*. Madrid 1994, 134 aggályai ellenére a szöveget alapvetően klasszikusnak tartja már TALAMANCA: *Vendita* 423 pp.; TALAMANCA: *Considerazioni* 233; ERNST: *Gattungskauf* 308 pp.

⁵⁸ Ulpianus Sabinus-kommentárjából származik még D. 18, 6, 4 pr.-2 a *titulus*-ban; Paulus Sabinus-kommentárjából pedig D. 18, 6, 3; D. 18, 6, 5; D. 18, 6, 7 pr.-1; Pomponius Sabinus-kommentárjából D. 18, 6, 6. A Sabinus-tömeg adja tehát a borról szóló forráshelyek túlnyomó részét. Egyedül D. 18, 6, 8 pr., Paulus edictum-kommentárja és Gaiusnak a provinciai edictumhoz írt kommentárja, D. 18, 6, 16 ékelődik bele a Sabinus-kommentárok anyagába.

⁵⁹ A *vinum venditum* fordulatot a szöveg elején számos szerző az adásvétel perfectiójára való utalásként értékeli, vö. M. PENNITZ: *Die Gefahrtragung beim Weinverkauf im klassischen römischen Recht*, TR 62 (1994) 278; M. HARDER: *Weinverkauf und Weinprobe im römischen Recht*, Ftschr. Barmann, München 1976, 19; MOLNÁR: *Periculum* 2239. Ez azonban ellentmondáshoz vezet a szövegben következő *degustatio* értelmezésénél a hagyományos *perfecta emptio*ne keretén belül.

A szövegben döntő jelentőséggel bír a *degustatio*, amelynek alkalmazásáról a szerződési gyakorlatban már Cato tudósított. Valószínű tehát, hogy hasonló gazdasági háttérrel tételezhetünk fel Sabinus illetve Ulpianus tényállása mögött is. Nyilvánvaló, hogy az eladott bor megromlása vagy elfolyása csak akkor vezethet jogvitához (akkor igényel jogi véleményt), ha a *traditio* még nem történt meg, azaz a bor még az eladó pincéjében van. Az adásvétel tárgya tehát ebben az esetben is *vinum doliarum*, hordós bor.⁶⁰ Cato arról tudósított, hogy az eladó általában egészen a következő év októberéig, az új szüretig vállalja a bor tárolását. A bor eladásánál felmerülő speciális *periculum* a megromlás veszélye, amit a források az *acor* és *mucor* tipikus esetére korlátoznak.⁶¹

Ulpianus rendszerezni próbálja a szerződési gyakorlatból jól ismert modelleket és a következő tényállási variációkról beszél: adásvétel mellékegyezmény nélkül a *periculumról*; illetve adásvétel mellékegyezménnyel a *periculumról*. Az első mondatban azt hangsúlyozza a jogász, hogy az „egyszerű” adásvétel estén, azaz ha a felek „pusztán” az áruban és a vételárban állapodnak meg (nem szabályozzák a *periculum* kérdését⁶²), akkor az „*emptoris erit damnum*” vagy „*periculum est emptoris*” elve érvényesül.⁶³ Érdemes megfigyelni, hogy milyen kockázati tényezőket sorol fel a jogász: ha a bor megsavanyodik (*acor*) vagy más *vitium*, azaz minőségi hiba merül fel, illetve a tároló edény megrepedése miatt vagy egyéb okból elfolyik.⁶⁴ Ulpianus tehát ún. „minőségi” illetve „mennyiségi” *vis maior* között differenciál.⁶⁵ Ha az ellenállhatatlan erő magából

⁶⁰ HARDER: *Weinkauf* 29 pp.; ZIMMERMANN: *Obligations* 286.

⁶¹ B. W. FRIER: *Roman Law and Wine Trade. The Problem of Vinegar Sold as Wine*, SZ 100 (1983) 258 pp.; ZIMMERMANN: *Obligations* 285.

⁶² Azok a szerzők, akik a *degustatio* *naturalia negotii* gyanánt kezelik, nehezen tudják megindokolni az első mondat kifejezett állítását a vevő veszélyviselésére nézve. Az ellentmondást néhányan úgy próbálják áthidalni, hogy a *vinum amphorarium*ra korlátozzák Ulpianus kijelentésének érvényét, vö. E. SECKEL/E. LEVY: *Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht*. SZ 47 (1927) 204 pp.; KASER: RPR I² 553.

⁶³ A vevő veszélyviselése mint diszpozitív jog mellett voksol SECKEL/LEVY: *Gefahrtragung* 117 pp.; CH. APPLETON: RH 5 (1926) 375 pp.; G. BESELER: TR 8 (1928) 279 pp.; H. R. HOETNIK: *Periculum est emptoris*. Harlem 1928, 7 pp.; KUNKEL: RR 228 pp.; P. KRÜCKMANN: SZ 59 (1939) 1 pp.; V. ARANGIO-RUIZ: *La compravendita in diritto romano*. Napoli 1961, 250 pp.; BETTI: *St. De Francisci* I 133 pp.; E. BETTI: SZ 82 (1965) 1 pp.; M. SARGENTI: SD 20 (1954) 217 pp. G. PROVERA: *Sul problema del rischio contrattuale nel diritto romano*, in: *St. Betti* III, Milano 1962, 693 pp.; J. MIQUEL: SZ 81 (1964) 143 pp.; ALONSO PEREZ: AHDE 31 (1963) 363 pp.; ZIMMERMANN: *Obligations* 282 pp.; J. A. C. THOMAS: *Marginalia on certum pretium*. TR 35 (1967) 82 pp.; ERNST: *Periculum* 217 pp.; PENNITZ: *Periculum* 304 pp. Továbbá a magyar szakirodalomból KISS B.: *A veszély kérdése adásvételnél a római jogban*. Kecskemét 1943, 2; MOLNÁR: *Periculum* 2227. Ezzel szemben a *periculum est venditoris* mellett érvel illetve a veszély átszállását a traditiohoz köti. pl. C. ARNÒ: *La teorica del periculum rei venditae nel diritto romano classico*. *Giurisprudenza Italiana* 49 (1897) IV, 209 pp.; F. HAYMANN: SZ 41 (1920) 44 pp.; F. HAYMANN: SZ 48 (1928) 314 pp.;

⁶⁴ Vö. MOLNÁR: *Periculum* 2238-2239.

⁶⁵ Ezzel szemben PENNITZ: *Gefahrtragung* 278 a dologból magából eredő vagy kívülről jövő károk között differenciál; ugyan maga is felismeri, hogy ez a fogalomrendszer nem fedi le teljesen

a dologból ered, azaz a bor erjedési rendellenesség következtében megromlik, akkor ez a minőség irreverzibilis, lényeges változását idézi elő, ami megbontja a szolgáltatás-ellenszolgáltatás egyensúlyát a szerződésben. Ha a hordó megreped, elfolyik a bor vagy annak egy része, akkor a mennyiségben áll be az egyensúly fenti megbomlása.⁶⁶

Ulpianus első mondata tehát a szerződési típusra jellemző tipikus káreseményeket sorolja fel, amelyek egyik szerződő félnek sem róhatóak fel. Ulpianus itt még *damnum*-ról beszél, ami alatt a *vis maior* következtében beállt kárt érti. A második mondat már a *periculum* szakszót használja a káreseményeknek ugyanerre a körére: ha az eladó szerződésileg átvállalja a veszélyt, akkor ő viseli az ennek következtében beállt kárt. A *periculum* szóval Ulpianus itt szemmel láthatóan ugyanazokat a veszély-csoportokat jelöli, amelyeket az első mondatában példálózva említett. Feltételezhetjük tehát, hogy a jogász általánosít, és mind a minőségi, mind a mennyiségi kárt érti a fogalom alatt. A kijelentés a fent jelzett második szerződési modellre vonatkozik: a felek az adásvétel megkötésekor megegyezésükkel módosíthatják a kockázat telepítését. Az eladó felajánlhatja illetve a vevő kialakíthatja, hogy a *periculum*-ot az eladó viselje.⁶⁷ A veszélyviselés tehát a felek közti alku tárgya; ennek megfelelően lényegesen kihat a vételarra. A *periculum* átvállalása az eladó részéről alapvetően kétféle módon történik: vagy konkrét határidőben állapodnak meg a felek, vagy külön határidő megemlítése nélkül kötik ki a *degustatio*-t.⁶⁸

Ha visszalapozunk Cato árverési formulájához,⁶⁹ ott is két határidőt látunk. Egyrészt három nap az adásvétel megkötése után, tehát *degustatio* rövid határidőn belül a vétel befejezése céljából, amit „kezdeti” *degustatio*-nak neveztük. Majd január 1. a végső határidő a kimérés (*mensura*) lebonyolítására. A *neque aceat, neque muceat, id dabitur* kikötés arra utal, hogy a kimérés alkalmával is

a forrásszöveget, ezért megjegyzi: „die Beispiele verwundern zweifellos”. Tézisével nagyrészt SECKEL/LEVY: *Gefahrtragung* 205 pp. nézetét követi. Hasonlóan foglal állást Ernst, SZ 105 (1988) 550 pp. is. Hivatkozásul azonban elsősorban D. 19, 2, 15, 2 szolgál, azaz a *locatio conductio* témaköréhez tartozik ez a differenciálás.

⁶⁶ KASER: RPR I² 512 hangsúlyozza, hogy a rómaiak a *periculum* szóval sokszor a *custodia*-kötelezettség megsértését is jelölték; vö. MIQUEL: *Periculum* 134 pp.; MAYER-MALY: *Höhere Gewalt* 65; MOLNÁR I.: Die Ausgestaltung des Begriffs der *vis maior* im römischen Recht. *Iura* 23 (1981) 73 pp.

⁶⁷ Így, tehát a rövid határidős *degustatio*-tól elkülönülő funkcióban, garancia értelmében fogja fel a fordulatot R. YARON: Sale of Wine, in: *Studies in the Roman Law of Sale*, Oxford 1959, 76 is: „This 'acceptance of risk' is separate from, and goes beyond, *degustatio*. It is an additional arrangement whereby the seller undertakes to warrant the quality of the wine for some time. Such a warranty would naturally be for a period considerably longer than that usual in *degustatio*”.

⁶⁸ Az időtűzés és a *degustatio* fenti kombinációját számos szerző kifogásolja, vö. E. BETTI: *St. De Francisci* 1 (1956) 177, MOLNÁR: *Periculum* 2239. Kétségtelen, hogy a szöveg fogalmazása nem szerencsés. Talán a komplitérok „rövidítései” okozzák az értelmezési nehézséget, ami a szerződési modell rekonstruálásával nagyrészt kiküszöbölhető.

⁶⁹ Cato agr. 148.

sor kerül a *degustatoria*; ekkor a *degustatio* idejét nem naptárilag határozzák meg a felek, hanem a *mensurához* mint átadás-átvételhez kötik.

Ulpianus a fent idézett szövegben nem tér ki a *mensurara*, pusztán a *degustator*ról beszél.⁷⁰ A tényállási variációk tehát a minőségi *periculum*nál maradnak, annak ellenére, hogy a bevezető mondat a mennyiségi *periculum*ot is előrevetíti példáival.⁷¹ Ha „kezdeti” *degustator*ról rendelkeznek a felek, akkor azt többnyire rövid határidőhöz kötik. Ha elfelednék az időtűzést, akkor Ulpianus szerint a közlekedési- és távolsági viszonyok figyelembe vételével megállapítható legrövidebb határidő a mérvadó.⁷² A konkrét időtűzés tehát a vevő érdekét szolgálja.⁷³ Ulpianus általános fogalmazása azonban a *degustatio* másik esetét, a garanciás, hosszú határidőhöz kötött eladói helytállást is magában foglalhatja a *periculum*ért, azaz az eladott bor megromlásáért.⁷⁴

Végezetül megállapíthatjuk, hogy a kompilátorok nyilvánvalóan azért választották ezt a fragmentumot a D. 18, 6 *titulus* élére, mert Ulpianus törekszik a szerződési gyakorlat sokrétű, változatos klauzuláit általánosítani, rendszerezni, tipikus csoportokba sorolni; majd némileg absztrahálni. Az utolsó előtti mondat (*aut igitur – sustinebit*) tanulsága, hogy ez az igyekezet néha a világos fogalmazás rovására megy. Főleg ezt a toldatot érte számtalanszor az *interpolatio* vádja;⁷⁵ az általánosító kijelentés azonban a fragmentum egészének tartalmára nézve elhanyagolható jelentőségű.

Ulpianus végül a mindennapos szerződési gyakorlatban elterjedt szokásra tér ki, el akarja határolni a *signare dolia* gyakorlatát a jogilag releváns aktusoktól. Ha az eladó pincéjében a vevő bizonyos hordókat kiválaszt a teljesítésre, ennek még nincs szükségképpen jogi hatása.⁷⁶ Ha ugyanis *degustatio* vagy *mensura* is szerepel mellékegyezményként, akkor ezek lesznek a jogilag releváns aktusok, amelyek a veszélyviselés átszállását meghatározzák. A hordók szignálása a

⁷⁰ PENNITZ: *Gefahrtragung* 279 ezzel szemben a garancia ígéretet mindkét általa megkülönböztetett *periculum*-fajtára kiterjeszti.

⁷¹ Lenel Palingenesiája szerint a fragmentum folytatása D. 18,6,4,1-2 alatt található, ahol a mennyiségi kockázatot tárgyalja a jogász.

⁷² Összehasonlításul érdemes egy pillantást vetni a Talmud vonatkozó szabályaira. Baba bathra 6, 2 96b alatt úgy foglal állást, hogy hordós bor eladása esetén, ha savanyúnak bizonyul, az az első három napon belül az eladó, utána a vevő kára. Úgy tűnik, hogy a három napos kezdeti *degustatio*-t a vevő visszautasítási jogával diszpozitív szabályként recipiálták.

⁷³ D. 18, 6, 4, 1 is leszögezi, hogy a *degustatio* kikötése a vevő érdekében történik és a pontosan meghatározott határidő a vevőnek kedvez.

⁷⁴ Vö. a párhuzamba állítható szállítási vételeket garanciával a papiruszokban. Megint-kézenfekvő a Talmudra való utalás is, amely Baba bathra 6,2 alatt az un. „fűszeres bor” megígéréséhez köt egy diszpozitív, öt hónapos garanciás határidőt, vö. ehhez YARON: *Sale of Wine* 76.

⁷⁵ Vö. SECKEL/LEVY: *Gefahrtragung* 207 pp.; KRÜCKMANN: SZ 60 (1940) 24; KISS: *A veszély* 2, 129; MOLNÁR: *Periculum* 2239. Ha azonban a szerződési modellek magyarázatából indulunk ki, akkor elfogadható a klasszikus jogász több variációban gondolkodó, hezitáló argumentációja.

⁷⁶ Ezt a gondolatot folytatja D. 18, 6, 1, 2 alatt, Trebatiust és Labeot idézve.

vevőre pusztán közelíti az árut a konkretizáláshoz, de még nem tekinthető ezzel „átadottnak”; a kockázat telepítése nem változik.⁷⁷

Végül még egyszer érdemes hangsúlyozni, hogy Ulpianus nem említi sem a *perfectio* tanát, sem a *degustatio* feltételként való besorolását. A klasszikus római jogász meg van győződve arról, hogy fejtegetései, amelyek az uralkodó szerződési gyakorlatra épülnek (az un. „általános szerződési feltételek” ókori előképe), világosak, precízek és szellemileg elég magas színvonalat képviselnek az absztrakt dogmatikába való beépítés nélkül is. A *degustatio* általa említett hatása a szerződésre (*quasi tunc plenissime veneat*) ésszerűen magyarázható a kezdeti *degustatio* funkciójával: az árverési vétel utáni, rövid határidőn belüli kóstolás valóban a szerződéskötés folyamatának lezárása, mert a vevő – a tipizált *acor* és *mucor* észlelése esetén – visszaléphet, egyoldalúan felbonthatja a vételt.⁷⁸

Pomponius Sabinus-kommentárjában szintén a *degustatio* kikötésével való borvételt kommentálja⁷⁹ (D. 18, 6, 6 Pomp. 9 ad Sab.):

Si vina emerim exceptis acidis et mucidis et mihi expediat acida quoque accipere, Proculus ait, quamvis id emptoris causa exceptum sit, tamen acida et mucida non venisse: nam quae invitus emptor accipere non cogeretur, iniquum esse non permitti venditori vel alii ea vendere.

A jogász⁸⁰ többes számot (*vina*) használ, azaz nagy tételben történő árucserét elemez. Az *acor*, *mucor* mint tipizált szerződés-specifikus hibák az *exceptis acidis et mucidis* fogalmazásban szerepel a szerződésben.⁸¹ A kifejezés erősen emlékeztet Cato *quod neque aceat, neque muceat, id dabitur* kikötésére.⁸² Cato árverési szerződési mintájának elemzésekor arra a következtetésre jutottunk, hogy a minőségi kikötés a szerződés tárgyát képező szolgáltatásra vonatkozik; ennek megfelelően a traditio időpontjára értendő. Mivel a traditio Catonál a *mensuraval* esik egybe, a *neque aceat, neque muceat* kikötés garancia ígéret-

⁷⁷ A *signare dolia* csak akkor lenne jogilag releváns, ha egy másik szerződési modelltől lenne szó, amit alább tárgyalni fogunk (*uno pretio* vagy *aversione* eladás).

⁷⁸ Vö. D. 18, 1, 34, 5; részletesen lent a 9. §-ban.

⁷⁹ A *degustatio*t tárgyalja még Ulpianus D. 18, 6, 4, 2 alatt, de az *aversione* eladás kapcsán, ezért erre itt nem térek ki részletesebben.

⁸⁰ G. BESELER: TR 8 (1928) 295 különösen a <nam vendere> mondatot akarja *interpolatio* miatt törölni. Az utóbbi évek irodalmában tartalmilag semmi kivetnivalót nem találnak a fragmentumban, vö. YARON: *Sale of Wine* 74; jóllehet ő is szívesen eszközölné kisebb módosításokat a szövegen.

⁸¹ SECKEL/LEVY: *Gefahrtragung* 110 úgy vélik, hogy itt a felek eleve számolnak az *acor*, *mucor* fennforgásával és kizárják azokat szerződésileg a vételből: „Hier rechnen die Parteien von vornherein damit, daß unter dem (in Fässern) gekauften Wein sich *vina acida et mucida* befinden. Diese sind vom Kauf ausgenommen, überhaupt nicht gekauft; für ein *improbare* des Käufers ist daher kein Platz”. Nem egészen világos, hogy miért lenne ezért a *degustatio* kizárva. Kritikusan ezzel szemben már YARON: *Sale of Wine* 74; a *degustatio* mellett voksol Pennitz, *Periculum* 322 is. Ezzel szemben TALAMANCA: *Vendita* 423 a *venditio ad mensuram* modellje mellett érvel.

⁸² Cato agr. 148.

ként értékelhető, azaz a szerződés-specifikus minőségi veszély ellen védi a vevőt.

Ha valaki a bor vételénél *excipit acida et mucida*, tehát kizárja az *acort* és *mucort*, ez – Catoval egyezően – szintén a szolgáltatásra, annak átadáskori állapotára értendő.⁸³ Nyilvánvaló, hogy a negatív megfogalmazás *degustatio*s kikötést jelent. Az *acor*, *mucor* kizárására szükség van a kóstolási aktus végrehajtására.⁸⁴ Pomponius nem informál arról, hogy kezdeti vagy garanciás *degustatio*ról van-e szó a tényállásban, mert ez az általa vizsgált jogi problémánál nem releváns. A Proculus neve alatt idézett folytatás viszont hangsúlyozza, hogy a vevő azért nem tarthat igényt az *acor*, *mucor* kiadására, mert az eladónak meg kell engedni, hogy a romlásnak indult bort időközben harmadik személynek értékesíthesse.

A Pomponius és Proculus által kommentált tényállás pontosan megfelel a Hermes által vázolt szituációnak:⁸⁵ „Az első hordóból egy iható, a többi savanyú. Annak érdekében, hogy ne veszítsük el ezeket (ne károsodjunk), mondd, hogy el akarod-e adni őket. Ugyanis nem tárolhatók hosszú ideig, ha nem adjuk el őket azonnal”. A romlásnak indult bor időközi elidegenítése a kármentés érdekében aligha képzelhető el a rövid határidős kezdeti *degustatio* előtt.⁸⁶ Biztosra vehető ezért, hogy az *exceptis acidis et mucidis* kikötés a bor kiforrás utáni, december-januári átadására és kóstolására értendő, azaz garanciaígéretről van szó.

Az *exceptis acidis et mucidis* kikötést néhány szerző úgy értelmezi, hogy ebben az esetben *acor* és *mucor* nem lehet a szerződés tárgya: ha savanyú vagy lepedékes bor található az eladott kontingensben, az „el nem adottnak” számít. Ezek a szerzők az adásvétel, azaz a szerződés hiányára vezetnek vissza Pomponius döntését, hogy az eladó a minőségileg hibás bort a vevő figyelmeztetése nélkül is eladhatja harmadik személynek.⁸⁷

Ez az érvelés azonban túlzottan formális. Ha a két klasszikus római jogásznak ez lett volna a véleménye, akkor nem is került volna sor Pomponius responsumára, vagy nem a D. 18, 6 *titulus*ba került volna a fragmentum.

Már a szöveghely elhelyezése arra hívja fel a figyelmet, hogy a jogászi döntést a veszélyviselés szabályaiból kell levezetni. A szövegkörnyezethez tehát jobban illik a fent javasolt megoldás, amely az eladó garancia-ígéretéből

⁸³ Párhuzamos fogalmazást a kellékszavatosság területéről ismerek, D. 21, 1, 14, 9 Ulp. 1 ed aed cur.: *si venditor nominatim exceperit de aliquo morbo et de cetero sanum esse dixerit*; vö. JAKAB É.: *Praedicere und cavere beim Marktkauf. Sachmangel im griechischen und römischen Recht*. München 1977, 176.

⁸⁴ A *degustatio* tehát mindig benne foglaltatik a *mensuraval* való vétel modelljében is, ha garancia ígéretben állapodtak meg a felek. Ezért nem helytálló TALAMANCA: *Vendita* 423 nézete, hogy itt pusztán a *mensura* lenne döntő.

⁸⁵ P.Oxy. XIV 1673.

⁸⁶ Vö. Cato agr. 148, három napon belül kóstolja meg a vevő a bort.

⁸⁷ Így különösen PENNITZ: *Periculum* 322: „jener Warenteil, der von acor und mucor befallen ist, ausdrücklich nicht unter die res vendita fallen soll”.

indul ki *acor*, *mucor* esetére. Amint arra fent már utaltunk, még a szerződési klauzula fogalmazása is ezen interpretáció mellett szól, mert Cato formulájára emlékeztet. Pomponius abból indul ki, hogy a bor *res vendita*, azaz az adásvétel tárgya;⁸⁸ az eladó alapvetően köteles azt a vevő számára megőrizni és esedékes-ségkor szolgáltatni. Esetünkben azonban az eladó azt észleli, hogy a bor romlásnak indult; tisztában van vele, hogy az *acor*, *mucor* nem alkalmas a teljesítésre, mert garanciát vállalt a jó minőségért. A szigorú jog szabályai szerint nem tehetne semmit, mert a szerződés köti. Ugyanakkor a méltányosság úgy kívánja, hogy lehetővé tegyék neki a kármentést; ha gyorsan cselekszik, még eladhatja (valószínűleg lényegesen olcsóbban) a bort vagy annak egy részét.

5. *Összefoglalás.* A fent elemzett források tanúsítják, hogy a klasszikus római jogászok a *periculum* tárgyalásánál a jogéletből, a szerződési praxis ismert és sokat használt modelljeiből indulnak ki. Responsumaikban igyekeznek az okirati gyakorlat kipróbált formuláit elméletileg reflektálni, egy absztrahált vagy inkább csak rendszeresen átgondolt szerződésstanba beilleszteni. Gaius többnyire erősen „forrásközelben” marad, de Ulpianus is ragaszkodik az alapul szolgáló jogesethez. A borvétel egyik tipikus mellékegyezménye a *degustatio*, amely a „minőség” kockázata ellen védi az eladót. A szerződés-specifikus kockázati tényezőkből ez a tipizált minőségi hibák, az *acor* és a *mucor* esetére rendezi a veszély kérdését. Ha a vevő olcsón akar vásárolni, lemond az eladó helytállásáról; a veszély tehát azonnal a szerződéskötéssel átszáll a vevőre. A *periculum est emptoris* elve nem jelent itt többet, pusztán az ősi *caveat emptor* elvének alkalmazását a *vis maior* esetére is. Az igényesebb vevő – aki hajlandó magasabb árat fizetni – kiköti a *degustatio* lehetőségét. A *degustatio* maga is több funkcióban léphet fel: kezdeti *degustatio*, rövid határidőn belül, a visszalépés lehetőségével, tipizált hibák (*acor*, *mucor*) észlelése esetén. Vagy hosszabb határidőhöz kötött garancia végén végrehajtott *degustatio*, amely a bor teljes kiforrásáig védi a vevőt az *acor*, *mucor* fellépése ellen.

⁸⁸ PENNITZ: *Periculum* 322 feltevésével ellentétben.

ÉVA JAKAB

PERICULUM UND DEGUSTATIO

(Risikozuweisung im klassischen römischen Recht)

(Zusammenfassung)

Unter periculum versteht man den zufälligen Untergang der Sache. Es geht immer darum, welche Partei den angetretenen Schaden zu tragen habe. Nach herrschender Lehre galt im römischen Kaufrecht die Hauptregel des periculum emptoris, die durch die Perfektionslehre präzisiert wurde. Die these zeigt den Schönheitsfehler von zahlreichen Ausnahmen, die bereits Ernst Rabel und Wolfgang Kunkel zu skeptischen Bemerkungen motiviert haben.

Der vorliegende Beitrag untersucht den periculum-Begriff in der neueren Literatur. Es gab immer wieder Versuche, die traditionell homogen aufgefasste und auf die klassischen Fälle der höheren Gewalt konzentrierte Definition aufzulockern. Theo Mayer-Maly, Juan Miquel, Geoffrey MacCormack haben für ein breites Bedeutungsfeld aufgetreten. Dieser Spur folgend versucht die Autorin das Risiko beim Weinkauf von der Technologie des Weinbaus und vom wirtschaftlichen Kontext ausgehend vertragsspezifisch zu definieren.

Ulpian gliedert die Risiken in die typischen Gruppen der Qualitäts- und Quantitätsmängel. Der vorliegende Beitrag geht allein auf die erste Gruppe ein. Die Vertragspraxis hat dafür die verbreitete Abrede der degustatio entwickelt, die von den klassischen römischen Juristen in mehreren Kommentaren konsequent besprochen wird. Die Autorin stellt nach der Untersuchung der Vertragsmodelle fest, dass die degustatio überwiegend auf zwei verschiedenen Momente des geschäftsablaufs vereinbart werden konnte: a) anfängliche degustatio, die dem Käufer den eventuellen Rücktritt sichert; b) Verkosten nach Ablauf einer längeren, zugesicherten Garantiefrist.

Die Studie kommt zum Schluss, dass die Gefahrtragung im klassischen römischen Recht hauptsächlich durch Vertragsformulare geregelt wurde. Die Alltagspraxis, die kaufmännischen Gewohnheiten haben das Rechtsleben geprägt.

Zur Frage einer Schollenbindung der in Marcianus D. 30, 112 pr. genannten *inquilini*

1. Die Digestenstelle

In dem 30. Buch der Digesten Justinians, das den ersten Teil des sich über die Bücher 30 – 32 erstreckenden Titels *de legatis et fideicommissis* enthält, findet sich ein Fragment aus den Institutionen des Spätclassikers Aelius Marcianus. Das *principium* dieses Fragments gibt der romanistischen Forschung bis heute erhebliche Rätsel auf und ihm kommt möglicherweise eine weitreichende Bedeutung für das Verständnis der rechtlichen, sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Spätzeit des Prinzipats zu. Die Stelle lautet:

D. 30, 112 pr. *Marcianus libro sexto institutionum. Si quis inquilinos sine praediis quibus adhaerent legaverit, inutile est legatum: sed an aestimatio debeatur, ex voluntate defuncti statuendum esse divi Marcus et Commodus rescripserunt.*

In dem hier von Marcian behandelten Fall hat ein verstorbener Testator einem – nicht näher bezeichneten – Legatar *inquilini* vermacht, wobei die Bedeutung des Terminus *inquilini* hier zunächst dahingestellt bleiben soll. Von diesen Inquilinen wird gesagt, dass sie *praediis adhaerent*. Es bestand also irgendeine feste und dauernde Beziehung der Inquilinen zu den Grundstücken, die sich im Eigentum des Erblassers befanden. Zu der Art dieser Verbindung äußert sich der Text nicht näher. In Betracht kommt, dass die als *inquilini* bezeichneten Menschen auf den Grundstücken des Testators wohnen und/oder arbeiten. Vermacht hat der Testator nun – dies ist der rechtlich entscheidende Punkt – lediglich die Inquilinen, nicht auch die dazu gehörenden Grundstücke. Ein solches isoliertes Vermächtnis der Inquilinen ohne die Immobilien, mit denen sie verbunden sind, wird für *inutile* erklärt. Der Terminus *inutile*¹ ist hier jedenfalls in dem Sinne zu verstehen, dass die vom Testator beabsichtigten Wirkungen des Vermächtnisses ausbleiben, der Vermächtnisnehmer mithin (für

¹ Vgl. allg. KASER, Das römische Privatrecht I, 2. Aufl. München 1971, § 60 I vor 1.

den Fall eines Vindikationslegats) nicht die Rechte an den Inquilinen bzw. (für den Fall eines Damnationslegats) keine Forderung gegen den Erben auf Einräumung dieser Rechte erwirbt. (Welcher Art die Rechte bzgl. der Inquilinen sein können, soll vorerst ebenfalls noch offen bleiben). Das Vermächtnis ist aber nicht rechtlich völlig unbeachtlich und damit nicht schlechthin nichtig. Der Jurist stellt vielmehr die Frage, ob der Erbe anstelle der Inquilinen selbst deren *aestimatio* schuldet, also je nachdem, worauf sich das Vermächtnis der Inquilinen selbst bezog, den Wert der Inquilinen selbst, ihrer Arbeitskraft, der ihnen obliegenden Miet- oder Pachtzinsleistungen o.ä.² Markian beantwortet diese Frage aufgrund eines Reskripts der Kaiser Mark Aurel und Kommodus. Nach diesem Reskript kann der Vermächtnisnehmer die *aestimatio* dann verlangen, wenn ein dahingehender Wille des verstorbenen Testators zu ermitteln ist.

2. Problematik

Aus der Stelle ergeben sich, wie die vorstehenden Ausführungen schon gezeigt haben dürften, mehrere grundlegende Fragen, deren Beantwortung letztlich von dem Status der dort genannten *inquilini* abhängt. Bei einem wörtlichen Verständnis des Textes konnten diese Inquilinen mit ihrer Person, insofern den Sklaven gleich, Gegenstand eines Vermächtnisses sein, sie konnten also vom Eigentümer des Grundstücks, mit dem sie verbunden waren, auf einen anderen, den Vermächtnisnehmer, übertragen werden. Nicht möglich war lediglich, anders als bei Sklaven, eine isolierte Übertragung ohne die betreffenden Grundstücke. Den Inquilinen der Markian-Stelle käme demgemäß hinsichtlich ihrer Legierbarkeit *cum praediis* eine mit dem Status als *liberi* unvereinbare Stellung von Rechtsobjekten zu; sie wären an den Boden, auf dem sie ansässig waren, gebunden und entbehrten folglich der Freizügigkeit, denn anderenfalls hätten sie durch Wegzug vom Grundstück die Realisierung des Vermächtnisses ohne weiteres vereiteln können.

Inquilinen, deren Freiheit in dieser Weise eingeschränkt ist, begegnen aber, abgesehen von unserer Stelle, erst in der späteren kaiserlichen Gesetzgebung seit dem 4. Jh. Mehrere Kaiserkonstitutionen³ gebieten den dort genannten Inquilinen, bei ihren *domini* zu bleiben⁴ und ordnen für den Fall eines

² Zur *aestimatio* allg. vgl. KASER a.a.O. § 117 I 2a m. Fn. 7.

³ Erschöpfende Angabe der diesbezüglichen Gesetze bei ROSAFIO, *Inquilinus*, in: *Opus* 3 (1984) 128 Anm. 1.

⁴ C. 11, 53, 1 pr. (Valentinianus, Valens et Gratianus a. 371): *Colonos inquilinosque per Illyricum vicinasque regiones abeundi rure, in quo eos originis agnationisque merito certum est immorari, licentiam habere non posse censemus*; C. 11, 48, 12 pr. (Arcadius et Honorius): *Servos vel tributarios vel inquilinos apud dominos volumus remanere. ...*

Verstoßes ihre behördliche Rückführung an.⁵ Die Schollenbindung der Inquilinen lässt sich auch dem in einem Gesetz des Kaisers Konstantin (wohl von 334) ausgesprochenen Verbot entnehmen, bei einer Aufteilung eines Gutes durch Veräußerung an mehrere Erwerber die Familien der ansässigen Sklaven, adskribierten Kolonen und eben der Inquilinen auseinander zu reißen.⁶ Die Stellung der *inquilini* entsprach hiernach im Wesentlichen derjenigen der *coloni* (*adscripticii*), mit denen sie in der Regel auch zusammen genannt werden. In einer Konstitution aus dem Jahre 400 wird schließlich der Unterschied zwischen Inquilinen und Kolonen in Bezug auf deren Bodenbindung nur für einen wesentlich terminologischen erklärt.⁷ Ein weiteres Gesetz aus demselben Jahr verwendet den Terminus *inquilinus* neben dem Terminus *colonatus*;⁸ der Inquilinat war damit wie der Kolonat zu einer festen Rechtseinrichtung geworden. Würde es sich bei den *inquilini* in D. 30, 112 pr. um solche handeln, deren Rechtsstellung derjenigen der dargelegten Kaisergesetzgebung seit der konstantinischen Zeit entspricht, so ergäbe sich deren Legierbarkeit, sofern nur der Boden mit vermacht wird, ohne weiteres aus der Schollenbindung dieser Inquilinen. Das Institutionenwerk des Markian, dem das Fragment D. 30, 112 entstammt, ist aber nach allgemeiner Ansicht kurz nach dem Tode des Kaisers Caracalla (ermordet 217) abgefasst worden,⁹ es dürfte also dem ersten Drittel des 3. Jh.s angehören, so dass zwischen dieser Schrift und der erstmaligen Erwähnung bodengebundener Inquilinen in dem Kaisergesetz von 366¹⁰ ein Zeitraum von erheblich mehr als einem Jahrhundert liegt. Die klassischen Juristen, auch noch die spätklassischen, verstehen aber unter einem *inquilinus* in aller Regel den Mieter eines städtischen Grundstücks,

⁵ C. 11, 48, 6 (Valentinianus et Valens a. 366): *Omnes omnino fugitivos adscripticios colonos vel inquilinos ... ad antiquos penates, ubi censiti adque educati natiq[ue] sunt, provinciis praesidentes redire compellant*; C. Th. 10, 12, 2 (Valentinianus I. a. 368): *Si quis etiam vel tributarius reperitur vel inquilinus ostenditur, ad eum protinus redeat, cuius se esse proficitur. ...*; C. Th. 5, 10, 1 (Honorius et Theodosius II. a. 419): *Si quis colonus originalis vel inquilinus ante hos triginta annos de possessione discessit, neque ad solum genitale silentii continuatione repetitus est, ...*; vgl. auch Titel von C. Th. 5, 9: *De fugitivis colonis, inquilinis et servis*.

⁶ C. 3, 38, 11 (Constantinus a. 334?): *Possessionum divisiones sic fieri oportet, ut integra apud successorem unumquemque servorum vel colonorum adscripticiae condicionis seu inquilinorum proxima agnatio vel adfinitas permaneret. quis enim ferat liberos a parentibus, a fratribus sorores, a viris coniuges segregari? ...*

⁷ C. 11, 48, 13 pr. (Arcadius et Honorius a. 400): *Definimus, ut inter inquilinos colonsve, quorum quantum ad originem pertinet, vindicandam indiscreta eademque paene videtur esse condicio, licet sit discrimen in nomine, suscepti liberi vel utroque vel neutro parente censito statum paternae condicionis agnoscant*.

⁸ C. Th. 12, 19, 2 = C. 11, 66, 6 (Arcadius et Honorius a. 400): *... colonatus vel inquilinatus*

⁹ FERRINI, *Intorno alle Istituzioni di Marciano*, in: *Opere* II (Milano 1929) S. 285; FRITZ SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961, S. 208 f.; KUNKEL, *Die römischen Juristen*, 2. Aufl. Köln/Weimar/Wien 1967 (ND das. 2001), S. 258.

¹⁰ C. 11, 48, 6 (o. Fn. 5).

eines Wohnhauses bzw. einer Wohnung (*cenaculum*) in einem aus mehreren Wohneinheiten bestehenden Mietshaus (*insula*).¹¹ Ein solcher Inquiline hatte demgemäß die Stellung eines *conductor* inne aufgrund einer mit dem Grundstückseigentümer oder einer häufig eingeschalteten Zwischenperson als *locator* abgeschlossenen *locatio conductio (rei)*. Der Inquiline war somit nur durch einen rein obligatorischen Vertrag gegenüber dem Vermieter gebunden. Der Abschluss eines derartigen Vertrages stand ihm rechtlich völlig frei und nach Beendigung des Vertragsverhältnisses konnte er das Grundstück verlassen.¹² Aber auch wenn der Inquiline die Wohnung vor Ablauf der Mietzeit grundlos verlassen hatte, konnte der Eigentümer gegen ihn nur auf Zahlung der Miete für die gesamte Mietzeit klagen,¹³ jedoch nicht seine Rückkehr in die Wohnung verlangen. Von einer Bodenbindung, gar noch einer erblichen, dieser *inquilini* konnte also keine Rede sein. Der Inquiline unterlag als solcher nicht der Gewalt des Grundstückseigentümers; er war eine Person *sui iuris*.¹⁴

Bei der ihnen nach dem klassischen Rechtsschrifttum zukommenden Stellung als freie Mieter können die Inquilinen mit ihrer Person auch zusammen mit dem Grundstück kein möglicher Gegenstand eines wirksamen Vermächnisses gewesen sein. Der Markian-Text D. 30, 112 pr. spricht aber *prima facie* für das Gegenteil. Die seit der humanistischen Jurisprudenz des 16. Jh.s unternommenen zahllosen Interpretationsversuche zur Behebung dieses Widerspruchs haben eine Fülle divergierender Ansichten hervorgebracht, die sich oft nur in Nuancen voneinander unterscheiden. Ein allgemein akzeptiertes Ergebnis konnte trotz allen Scharfsinns der hervorragenden Gelehrten, die sich mit dieser Stelle beschäftigt haben, nicht erzielt werden, weshalb der Text von manchen resignierend als letztlich nicht vollständig erklärbar bezeichnet worden ist.¹⁵ Angesichts der Jahrhunderte langen Diskussion, die den Text bis

¹¹ So u.a. in Ulp. D. 19, 1, 13, 30; 19, 2, 19, 4 und 5; Paul. 19, 2, 24, 2; Gai. 19, 2, 25, 2; Labeo 19, 2, 58 pr.; Ulp. 20, 1, 20. Weitere Angaben bei ROSAFIO Opus 3 (1984) 129 Anm. 23; vgl. ferner FRIER, *Landlords and Tenants in Imperial Rome*, Princeton 1980, S. 59.

¹² Bei Nichterfüllung der Pflicht des Vermieters zur Verschaffung des störungsfreien Gebrauchs der Wohnung konnte der Inquiline auch vorzeitig vom Vertrag Abstand nehmen; vgl. D. 19, 2, 25, 2 (*Gaius libro decimo ad edictum provinciale*): *Si vicino aedificante obscurantur lumina cenaculi, teneri locatorem inquilino: certe quin liceat colono vel inquilino relinquere conductionem, nulla dubitatio est. ...*; hierzu FRIER a.a.O. S. 101 f.

¹³ D. 19, 2, 24, 2 (*Paulus libro trigesimo quarto ad edictum*): *Si domus ... in quinquennium pensionibus locatus sit, potest dominus, si deseruit habitationem ... inquilinus, < totius quinquenni nomine > cum eis (sc. colono et inquilino) statim agere*; hierzu FRIER a.a.O. S. 92 ff.

¹⁴ Gai. Inst. 4, 153: *Possidere autem videmur non solum, si ipsi possideamus, sed etiam, si nostro nomine aliquis in possessione sit, licet is nostro iuri subiectus non sit, qualis est colonus et inquilinus. ...*

¹⁵ In diesem Sinne B. KÜBLER SZRom 22 (1901) 209: „Niemand, der den Kolonat behandelt, kann an der schwierigen Stelle vorbeigehen, aber bei der Unsicherheit der Auslegung lassen sich Schlüsse darauf nicht bauen“; BOLKESTEIN, *De Colonatu Romano eiusque origine*, phil. Diss. Amstelodami 1906, S. 149 Fn. 5 Nr. 2: „... necesse est fateri de significatione huius vocis nihil

ins Kleinste ausgelotet hat, kann der vorliegende Beitrag nicht den Anspruch erheben, eine ganz neuartige Lösung zu entwickeln. Versucht werden soll vielmehr eine möglichst umfassende Überprüfung der vorhandenen Thesen zu dieser Frage auf ihre größere oder geringere Stichhaltigkeit, um hierdurch wenigstens annäherungsweise in die Richtung einer als wahrscheinlich anzusehenden Lösung zu gelangen. Dabei soll insbesondere eine gewisse veränderte Sichtweise berücksichtigt werden, die sich seit einigen Jahrzehnten in Teilen vornehmlich des allgemeinhistorischen Schrifttums bezüglich der Institutionen des spätantiken Kolonats und Inquilinats abzeichnet. Für eine Deutung von D. 30, 112 pr. kommen nur folgende Möglichkeiten in Betracht: Entweder ist die Stelle interpoliert oder der Testator hat in dem dortigen Fall nicht die Personen der *inquilini* vermacht, sondern die ihnen gegenüber dem Grundstückseigentümer obliegenden Leistungen oder bei den dort genannten Inquilinen handelt es sich – im Gegensatz zu den weitaus meisten der diesen Terminus enthaltenden Digestenstellen – eben nicht um freie Mieter, sondern um die erstmalige Erwähnung von Inquilinen mit beschränkter Freizügigkeit, deren Status schon derjenigen der Inquilinen in der späteren Kaisergesetzgebung ähnelt, was bedeuten würde, dass die Anfänge des vom 4. Jh. an zur vollen Entfaltung gelangenden Inquilinats schon in der (spät-)klassischen Zeit zu suchen wären.

3. Zur Frage einer Interpolation

A. Annahme einer Interpolation in D. 30, 112 pr.

Wegen der Unvereinbarkeit der aus D. 30, 112 pr. zu entnehmenden Bodenbindung und Legierbarkeit der *inquilini* einschließlich des Bodens mit der in der klassischen Rechtsliteratur sonst vielfach bezeugten Stellung dieser Personengruppe als freie Mieter wird die Stelle vielfach für interpoliert gehalten.¹⁶ Die Interpolation der Wendung *sine praediis quibus adhaerent* hat in neuerer Zeit insbesondere POLARA in einer umfassenden Untersuchung nachzuweisen versucht.¹⁷ Nach POLARA kann es sich bei den in D. 30, 112 pr. genannten *inquilini* nur um Mieter von *cenacula* auf städtischen Grundstücken

omnino pro certo affirmari posse“; Gerh. v. BESELER, Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen, in: SZRom 66 (1948) 267 f. (zu „Adhaerere“): „Was Marcian geschrieben hatte weiß ich nicht zu erraten.“

¹⁶ So v. BESELER SZRom 66, 267 f.; EIBACH, Untersuchungen zum spätantiken Kolonat in der kaiserlichen Gesetzgebung, phil. Diss. Köln 1977, S. 244 Fn. 630; zuneigend SCHULIN, Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts, Stuttgart 1889, § 66 (S. 276 Fn. 5); wohl auch BOLKESTEIN a.a.O. (o. Fn. 15).

¹⁷ POLARA, „Inquilini qui praediis adhaerent“ ed „aestimatio“ di un legato nullo, in: BIDR 72 (1969) 139 – 179.

gehandelt haben, da der Terminus *praedium* von den Digestenjuristen, was sicher richtig ist, sowohl im Sinne eines *praedium rusticum* als auch eines *praedium urbanum* gebraucht wird.¹⁸ Die Rechte und Pflichten auch der Inquilinen der Markian-Stelle gegenüber dem Testator als Eigentümer der *praedia (urbana)* bestimmte sich deshalb allein nach den Regeln der *locatio conductio* mit der Folge der völligen Abzugsfreiheit der Mieter nach Beendigung des Mietverhältnisses. Die Annahme einer rechtlich eingeschränkten Freizügigkeit der städtischen Wohnungsmieter mit einer Befugnis des Grundstückseigentümers, die *inquilini* an einem Verlassen des Grundstücks zu hindern und bei einer Entfernung vom Mietobjekt ihre Rückkehr zu erzwingen, wäre daher abwegig.¹⁹ Überzeugend ist POLARAS Ablehnung des Gedankens, Markian könne die Bindung der Inquilinen an das Mietgrundstück als eine jene Neuerungen eingeführt haben, für die dieser unkonventionelle Jurist bekannt gewesen sei; denn ein derart tiefgreifender Eingriff in die persönliche Freiheit eines römischen Bürgers hätte auch in Rom nicht durch die Jurisprudenz, sondern nur durch die Gesetzgebung erfolgen können.²⁰ Aufgrund dieser Überlegungen hält POLARA den Passus sine *praediis quibus adhaerent* für den Einschub eines unbekannten Glossators, der die ursprüngliche Unwirksamkeit jedes Vermächtnisses, das einen Inquilinen zum Gegenstand hatte, auf den Fall eines Legats ohne das *praedium* beschränkt habe, angesichts der um die Wende vom 4. zum 5. Jh. durch die kaiserliche Gesetzgebung erfolgten Gleichstellung der *inquilini* mit den (bodengebundenen) *coloni*.²¹

Auf der „Rechtsfolgende“ von D. 30, 112 pr. hat DONATUTI die Wendung *inutile est legatum: sed an aestimatio debeatur* für interpoliert gehalten.²² Ein Vermächtnis von *inquilini* ohne die zugehörigen *praedia* sei auf eine objektiv unmögliche Leistung des Erben an den Vermächtnisnehmer gerichtet. Eine derartige Verpflichtung sei aber schlechthin nichtig und könne deshalb auch

¹⁸ POLARA BIDR 72, 148 f.

¹⁹ POLARA BIDR 72, 150 f.; auch GOFFART, *Caput and Colonnate: Towards a History of Late Roman Taxation*, Toronto 1974, S. 134 Nr. 5: „... such an interpretation (i. S. einer Bodenbindung) seems absurd“; ferner schon ZACHARIAE v. LINGENTHAL, *Zur Geschichte des römischen Grundeigentums*, in: SZRom 9 (1888) 284 Fn. 4; BOLKESTEIN a.a.O. (o. Fn. 15): „Vix fieri non potest, quin hi inquilini pro genere quodam servorum rusticorum habendi sint ...“; v. BESELER SZRom 66 (1948) 267 f.: „Die Figur des adscripticius und gar die Möglichkeit einen adscripticius cum praedio cui adhaeret zu legieren ist für die Zeit des Marcian ... unvorstellbar.“

²⁰ POLARA BIDR 72, 152 f.

²¹ POLARA BIDR 72, 163 f.; eine justinianische Interpolation vermutet SAUMAGNE, *Du rôle de l'„origo“ et du „census“ dans la formation du colonat romain*, in: Byzantion 12 (1937) 505 Fn. 3: „... l'incident ‚sine ... adhaerent‘ reflète trop étrangement la doctrine évoluée du colonat du VI^e siècle, pour n'être pas contaminée par un rédacteur justinien“; zweifelnd KASER a.a.O. (o. Fn. 1) Bd. II, 2. Aufl. München 1975, § 213 Fn. 8 (zu POLARA).

²² DONATUTI, *Dal regime dei verba al regime della voluntas*, in: BIDR 34 (1925) 203 f.

nicht Gegenstand einer *aestimatio* sein. Interpoliert seien daher sämtliche Digestenstellen, die trotz Nichtigkeit eine Schätzung vorsehen.

B. Einwände gegen den Interpolationsverdacht

Die vorstehend dargelegten Interpolationsannahmen begegnen jedoch nicht unerheblichen Bedenken:

a) Gegen Unechtheit von sine ... adhaerent

Bei dieser Interpolationsannahme wäre der ursprüngliche Markian-Text von D. 30, 112 pr. wie folgt zu rekonstruieren:

Si quis inquilinos legaverit, inutile est legatum: sed an aestimatio debeatur, ex voluntate defuncti statuendum esse divi Marcus et Commodus rescripserunt.

Eine solche Rekonstruktion vermag gerade unter der Voraussetzung nicht zu überzeugen, es habe sich bei den *inquilini* des Textes um Mieter von Wohnungen auf *praedia urbana* gehandelt. In dem von Markian behandelten Fall hätte dann ein Testator die Mieter seiner *cenacula* zu Gegenständen eines Vermächtnisses gemacht. Der erklärte Wille des Erblassers wäre mithin darauf gerichtet gewesen, dass diese freien Menschen, wohl sogar römische Bürger, im Falle eines Vindikationslegats mit dem Erbfall Eigentum des Vermächtnisnehmers würden und dieser vom Erben ihre Herausgabe mit der *rei vindicatio* sollte verlangen können. Bei einem Dammationslegat hätte der Legatar mit dem Erbfall eine auf die Übereignung der Mieter gerichtete *actio* gegen den Erben erwerben sollen. Dass ein geistig gesunder Erblasser und zumal ein in rechtlichen Angelegenheiten in der Regel nicht völlig unerfahrener Grundstückseigentümer bei der Errichtung des Testaments ernstlich von der Wirksamkeit einer auf den Eigentumserwerb an *homines liberi* gerichteten letztwilligen Verfügung ausgegangen ist, kann als nahezu ausgeschlossen angesehen werden. Dies gilt gerade dann, wenn die Inquilinen – bei der hier untersuchten Interpolationsannahme – sogar ohne die Mietgrundstücke hätten vermacht und damit wie Sklaven behandelt werden sollen. Überdies bliebe unklar, worin eigentlich für den Vermächtnisnehmer der wirtschaftliche Wert eines Legats von Inquilinen ohne Grundstücke bestehen sollte. Als ökonomische Nutzleistung dieser Leute kämen entweder ihre Arbeitskraft oder ihre Mietzahlungen in Betracht. Könnte der Legatar die Inquilinen künftig für sich arbeiten lassen, so würde dies wiederum deren Überführung in ein mit ihrer persönlichen Freiheit ganz unvereinbares sklavenähnliches Verhältnis bedeuten. Aber auch eine Zuwendung in ihrer Eigenschaft als Mieter erschiene kaum als sinnvoll. Würde der Vermächtnisnehmer die Inquilinen in deren bisherigen Wohnungen belassen, so stände der weitere Mietzins nicht ihm,

sondern dem Erben als dem nunmehrigen Eigentümer der *cenacula* zu. Es wäre noch daran zu denken, dass dem Legatar vielleicht ebenfalls Mietwohnungen gehören und er diese nunmehr mit den bisherigen Mietern des Erblassers sollte besetzen können. Ein entsprechendes Interesse des Vermächtnisnehmers ist aber deshalb höchst unwahrscheinlich, weil es ihm angesichts der großen Nachfrage nach Wohnraum in den überbevölkerten Städten der römischen Kaiserzeit²³ ohne Schwierigkeiten möglich gewesen wäre, zur Anmietung seiner Wohnungen bereite andere Mieter zu finden, ohne sich mit den zwangsweise dorthin verpflanzten Inquilinen des Erblassers abmühen zu müssen. Auch POLARA bewertet das bei Markian geschilderte Testament – nach seiner Interpolationsannahme – als „palesemente abnorme“²⁴, weshalb die Behandlung eines solchen Falles in einem Institutionenwerk eine „singularità e stranezza“ darstelle.²⁵ Er vermutet jedoch, der Jurist habe in das die Legate behandelnde Kapitel seiner Schrift eine Reihe von „casi pratici“ aufgenommen, über die kurz zuvor kaiserliche Reskripte ergangen seien, als Beispiele für die Erforschung des wahren Willens eines Testators.²⁶ Angesichts der Abwegigkeit eines Vermächtnisses von städtischen Wohnungsmietern – immer unter der Voraussetzung einer Interpolation von *sine ... adhaerent* – läge hier aber kaum ein praktischer Fall vor, sondern der Fall könnte von Markian höchstens als Absurditätsbeispiel angeführt worden sein. Dann wäre es aber wiederum kaum glaubhaft, dass zu einem solchen Sachverhalt ein kaiserliches Reskript mit der Anordnung einer *aestimatio* ergangen sein sollte. Die Vornahme einer solchen *aestimatio*, um dadurch den mutmaßlichen Erblasserwillen, soweit rechtlich möglich, doch noch zur Geltung zu bringen,²⁷ würde – modern gesprochen – eine Art „geltungserhaltende Reduktion“ des Vermächtnisses bedeuten. Ein Legat, in dem über freie Menschen wie über Sklaven verfügt wird, verletzte aber in unerhörter Weise den *status libertatis* der Betroffenen. Einen derartigen Eingriff hätte die kaiserliche Kanzlei wohl mit einer absoluten Nichtigkeit des Vermächtnisses geahndet, statt ihm mit einer *aestimatio* zu einer beschränkten Wirksamkeit zu verhelfen. Ein solches Legat wäre vermutlich, ähnlich dem Vermächtnis von im Eigentum oder im Gebrauch des Kaisers stehenden Grundstücken,²⁸ als ein gleichsam von einem *furiosus* angeordnetes und folglich unbeachtliches betrachtet worden.

²³ Grundlegend hierzu immer noch PÖHLMANN, Die Überbevölkerung der antiken Großstädte, Leipzig 1884; dem stimmt übrigens auch POLARA BIDR 72, 157 ff. zu.

²⁴ BIDR 72, 167.

²⁵ BIDR 72, 166.

²⁶ BIDR 72, 167.

²⁷ So POLARA BIDR 72, 178.

²⁸ Vgl. D. 30, 39, 8 (*Ulpianus libro vicesimo primo ad Sabinum*): *Si vero Sallustianos hortos, qui sunt Augusti, vel fundum Albanum, qui principalibus usibus deservit, legaverit quis, furiosi est talia legata testamento adscribere*; hierzu POLARA BIDR 72, 173.

b) Gegen *Unechtheit von inutile ... debeatur*

Wäre diese Wendung interpoliert, hätte die Stelle bei Markian wie folgt gelautet:

Si quis inquilinos sine praediis quibus adhaerent legaverit, ex voluntate defuncti statuendum esse divi Marcus et Commodus rescripserunt.

Diese Interpolationsannahme von DONATUTI (s.o. zu I a.E.) wird heute mit überzeugenden Gründen ganz überwiegend abgelehnt. Betrachtet man den von einer *aestimatio* sprechenden Passus als unecht, so bleibt unklar, welchen Inhalt das am Schluss der Stelle angeführte kaiserliche Reskript eigentlich gehabt haben soll.²⁹ Vor allem aber kann die für die Unzulässigkeit einer *aestimatio* wegen der Nichtigkeit des Vermächnisses gegebene Begründung nicht als stichhaltig anerkannt werden. Dieser These hat schon MASCHI widersprochen, der das Vermächtnis wegen der Unmöglichkeit der in ihm angeordneten Leistung zwar ebenfalls für nichtig und deshalb auch einer *aestimatio* im Wege einer *interpretatio* seitens der Jurisprudenz für unzugänglich hielt; eine *aestimatio* habe aber im Fall von D. 30, 112 pr. das dort erwähnte Reskript von Mark Aurel und Kommodus angeordnet, wozu die kaiserliche Gesetzgebung, anders als die Juristen, sehr wohl im Stande gewesen sei.³⁰ Aber auch diese Ansicht von der fehlenden Kompetenz der römischen Rechtswissenschaft, bei einem unwirksamen Legat eine *aestimatio* vorzusehen, dürfte heute widerlegt sein. Wie POLARA, dem in diesem Punkt zu folgen ist, dargelegt hat, sind die zahlreichen Klassikerstellen, die bei Nichtigkeit der *obligatio* eine *aestimatio* für geboten erachten, anders als DONATUTI gemeint hat, keineswegs durchweg unecht. In der spätklassischen Jurisprudenz hat vielmehr sehr wohl die Neigung bestanden, hinsichtlich der Primärleistung nichtige Vermächnisse im Interesse des Legatars mittels einer *aestimatio* nach dem zu vermutenden Willen des Testators aufrechtzuerhalten, sofern ein vernünftiger Wille des Erblassers überhaupt ermittelt werden konnte.³¹ Damit erledigen sich auch Bedenken gegen die Echtheit des Terminus *inutile*, den der Jurist gerade gewählt haben kann, um hierdurch die Möglichkeit einer Schätzung darzutun.³²

²⁹ Vgl. MASCHI, Studi sull'interpretazione dei legati. Verba e voluntas (= Pubblicazioni della Università cattolica del sacro cuore LXIII), Milano 1938, S. 115.

³⁰ MASCHI a.a.O. S. 115 f. „L'antitesi qui non è tra diritto classico e diritto giustiniano, ma bensì tra *interpretatio* e legislazione imperiale“.

³¹ So POLARA BIDR 72, 171 ff.

³² Vgl. schon REVILLOUT, Sur l'inquilinat, in: Mémoires lus à la Sorbonne dans les séances extraordinaires du Comité Impérial des Travaux Historiques et des Sociétés (Paris 1861) 187 Fn. 1; zur Bedeutung von *inutile* allgemein s. DI POALA, Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano, Milano 1966, S. 13 ff.

4. Deutungsmöglichkeiten bei Echtheit der Stelle

A. Bei vorausgesetzter Vollfreiheit der *inquilini* als Wohnungsmieter

Geht man von der Echtheit der Stelle D. 30, 112 pr. aus und betrachtet die dort behandelten *inquilini* als freie Mieter von städtischen Wohnungen, so kommt eine Deutung des Textes dahingehend in Betracht, dass Gegenstand des Legats nicht die Personen der Inquilinen sind. Vielmehr habe der Testator dem Legatar die ihm und nach dem Erbfall seinem Erben gegen die Inquilinen aus dem Mietverhältnis zustehenden Rechte vermachen wollen, also vornehmlich die Forderungen auf den (künftigen) Mietzins und/oder auf etwaige Mietrückstände (*reliqua*).³³ Die Wendung *sine praediis quibus adhaerent* würde dann bedeuten, dass nur diese Rechte dem Vermächtnisnehmer zugewendet werden sollten, nicht hingegen auch die Grundstücke, auf denen sich die Wohnstätten der Mieter befanden, die der Testator vielmehr im Eigentum des Erben belassen wollte. Eine solche Interpretation lässt sich aber mit dem Wortlaut der Stelle nur schwer vereinbaren.³⁴ Es fragt sich, warum Markian dann nicht z.B. von *reliqua inquilinorum*³⁵ gesprochen hat, anstatt nur von *inquilinos*, obwohl diese Formulierung auch schon bei seinen damaligen römischen Lesern zu Missverständnissen hätte führen können. Als wenig befriedigend erscheint in dieser Hinsicht die Erklärung, entweder der Erblasser in dem Testament oder der Jurist in seiner Wiedergabe des Testamentsinhalts habe sich verkürzt und damit ungenau ausgedrückt.³⁶ Ferner und vor allem aber ist problematisch, aus welchem Grund ein Vermächtnis, das einen solchen – verglichen mit einem Legat über die Personen der Inquilinen selbst – „harmlosen“ Inhalt aufweist, *inutile* sein soll, bloß weil der Testator die Mietforderungen ohne die Mietgrundstücke vermacht hat. Nach Ansicht einiger Autoren sollte die Unwirksamkeit des Vermächtnisses eine Trennung der Mieteinkünfte von den Mietgrundstücken als deren Quelle verhindern.³⁷ Die *aestimatio* müsste sich

³³ Dies bezeichnet als Möglichkeit KÜBLER SZRom 22 (1901) 209; auch SAUMAGNE Byzantion 12 (1937) 503 Fn. 3: „... un cas de legs de l'obligation de l'*inquilinus* envers le légataire: *legatum nominis* ou *liberationis* ou *debiti* ...“; zu dieser Deutung neigte in der ursprünglichen Fassung seiner Abhandlung auch SAVIGNY, Ueber den Römischen Colonat, in: Vermischte Schriften II, Berlin 1850, S. 41 f.

³⁴ SAVIGNY hat denn auch seine frühere Ansicht (o. Fn. 33) in dem letzten Nachtrag seiner Schrift als „gezwungen und unhaltbar“ aufgegeben (Vermischte Schriften II S. 57 Fn. 2).

³⁵ Vgl. etwa die Formulierung *reliquis colonorum* in Scaev. D. 33, 7, 27, 1.

³⁶ Dies vermutet aber KÜBLER SZRom 22, 209.

³⁷ Vgl. CRACCO RUGGINI, „Coloni“ e „inquilini“: „miseri et egeni homines“? in: Atti dell' accademia romanistica constantiniana VIII, Napoli 1990, S. 208, die eine Interpolationsannahme betreffend *sine ... adhaerent* deshalb für unnötig erachtet; ebenso wohl GOFFART a.a.O. (o. Fn. 19): „The intent of the passage (sc. D. 30, 112 pr.) is to prevent the bequest of rental property apart from the soil going with it, including that on which it stood ...“; ähnlich auch FUSTEL DE

dann – bei Feststellbarkeit eines entsprechenden Erblasserwillens – auf den (objektiven) Mietwert der Grundstücke belaufen.³⁸ Diese Ansicht ist zwar in sich folgerichtig, sie vermag jedoch den entscheidenden Punkt der Unwirksamkeit der testamentarischen Anordnung als solcher nicht ausreichend zu erklären. Denn ein Vermächtnis lediglich der bestehenden Mietforderungen ohne die Mietgrundstücke ist ja keineswegs wirtschaftlich unsinnig³⁹, erhält doch der Vermächtnisnehmer jedenfalls diese Forderungen gegen die im Zeitpunkt des Erbfalls vorhandenen Inquilinen, die ihm der Erbe in Erfüllung des Vermächtnisses abzutreten hat, und damit einen wirtschaftlichen Wert, dessen weiteres Schicksal freilich vom Fortbestand der betreffenden Mietverhältnisse abhängig ist. Bei der Wirksamkeit eines solchen Vermächtnisses stände sich der Legatar immer noch besser als im Falle der Unwirksamkeit, wenn sich ein Wille des Erblassers, ihm den objektiven Mietwert der Grundstücke einzuräumen, nicht dartun ließe und eine *aestimatio* deshalb ausschiede. Ein Verständnis von D. 30, 112 pr. im Sinne eines Vermächtnisses der Mietforderungen vermag aus diesen Gründen nicht zu überzeugen.

*B. Bei Bodenbindung der *inquilini**

Die bisherige Untersuchung von D. 30, 112 pr. ging von der Voraussetzung aus, dass es sich bei den dort genannten *inquilini* – im Einklang mit dem Sprachgebrauch der klassischen Rechtsquellen – um freie Mieter von städtischem Wohnraum gehandelt hat. Unter dieser Prämisse konnte die Stelle nicht befriedigend erklärt werden. Deshalb ist nunmehr die andere Möglichkeit zu erörtern, dass diese Inquilinen keine (volle) persönliche Freiheit genossen, die das Recht der Freizügigkeit einschließt, sondern sie die *praedia*, auf denen sie ansässig waren, nicht verlassen durften und der Grundstückseigentümer über sie verfügen konnte, aber nur zusammen mit dem Boden, zu dem die Inquilinen gehörten. Dies würde bedeuten, dass die seit dem 4. Jh. bezeugte Bodenbindung der Inquilinen (vgl. o. zu B.) schon zur Zeit des Markian, also in der Epoche der spätclassischen Jurisprudenz, bestanden hat.

COULANGES, *Le colonat romain*, Paris 1885 (ND New York 1979), S. 65 Anm. 1, der aber die Inquilinen selbst als Gegenstände des Vermächtnisses ansieht.

³⁸ In diesem Sinne ist wohl die weitere Bemerkung von GOFFART (o. Fn. 37) zu verstehen: „... while still respecting the wishes of the deceased by permitting compensation for the value of the object bequeathed“; POLARA BIDR 72 (1969) 169 neigt dazu, den Gegenstand der *aestimatio* in den *mercedes inquilinorum* als den Zivilfrüchten der Grundstücke zu erblicken, die der Erbe dem Vermächtnisnehmer in einer einmaligen Zahlung zu leisten habe, kalkuliert aufgrund der von den tatsächlichen Vermietungen abgeleiteten Einnahmen; nach FUSTEL DE COULANGES a.a.O. (o. Fn. 37) gelten die Mietzinsforderungen als vermacht.

³⁹ So aber wohl CRACCO RUGGINI a.a.O. (o. Fn. 37): „...l'assurdità di affitti lasciati in eredità come rendita, se disgiunti dai fondi che soli possono garantire nel tempo la continuità della rendita stessa.“

Eine solche Bodenbindung schied allerdings von vornherein aus, wenn die Inquilinen der Markian-Stelle als Wohnungsmieter auf *praedia urbana* zu qualifizieren wären. Denn die Freizügigkeit dieser Mieter ist nicht nur in den klassischen Rechtsquellen eindeutig bezeugt (vgl. o. zu B.), ihr zwangsweises Festhalten auf den Mietgrundstücken wäre auch angesichts der das Angebot weit übersteigenden Nachfrage nach Wohnraum in den antiken Städten wirtschaftlich ohne jeden Sinn.⁴⁰ Wirtschaftlich sehr wohl erklärlich wäre eine Gebundenheit der Inquilinen von D. 30, 112 pr. hingegen dann, wenn es sich bei den *praedia* des Erblassers um *praedia rustica* und bei den Inquilinen um dort zwecks Leistung landwirtschaftlicher Arbeiten ansässige Menschen handelte. Der Grund liegt in dem bekannten Bevölkerungsrückgang auf dem flachen Lande im Gegensatz zu den Städten, der sich in Italien und in zahlreichen Provinzen schon während der Prinzipatszeit bemerkbar machte und zu einem erheblichen Mangel an landwirtschaftlichen Arbeitskräften⁴¹ und schließlich zu dem Phänomen der *agri deserti*⁴² führte. Der zunehmende Arbeitskräftemangel ließ bei den großen Grundbesitzern das Bedürfnis aufkommen, auch der freien Landbevölkerung ein Verlassen der Ländereien unmöglich zu machen, sie vielmehr dauernd an die Grundstücke zu binden und diese Bindung auch noch erblich werden zu lassen. Spätestens vom 4. Jh. an wurden diese Bestrebungen der politisch immer einflussreicher werdenden Grundbesitzerschicht auch von den an einer funktionierenden Landwirtschaft als dem in vorindustriellen Gesellschaften wichtigsten Produktionszweig vital interessierten Kaisern unterstützt. Bei den Pächtern landwirtschaftlicher Grundstücke führte diese Tendenz zur Einrichtung des Kolonats in der späten Kaiserzeit. Eine weitgehend parallele Entwicklung hat sich, wie bereits dargelegt (vgl. o. zu B.), auch bei den in den Kodizes genannten *inquilini* vollzogen. Was unter diesen Inquilinen der spätkaiserlichen Gesetzgebung zu verstehen ist und worin sie sich von den Kolonen unterschieden, konnte bis heute auch nicht annähernd geklärt werden.⁴³ Der Grund für diese Unklarheit liegt sicher darin, dass die Gesetzgebung der späten Kaiserzeit – auch die Institutionen Justinians⁴⁴ – an der tatsächlich obsolet gewordenen *summa divisio* in *liberi* und *servi* formell festhielt und deshalb die inzwischen

⁴⁰ Insoweit zu Recht POLARA BIDR 72 (1969) 157 ff.

⁴¹ Bezeichnend schon die Klage Plinius' des Jüngeren: ... *hac penuria colonorum ... ut redditus agrorum sic etiam pretium retro abiit*. In: C. Plini Caecilii Secundi Epistularum libri decem 3, 19, 7; allgemein s. BLEICKEN, Verfassungs- und Sozialgeschichte des Römischen Kaiserreiches II (= UTB 839), 3. Aufl. Paderborn usw. 1994, S. 79 ff.

⁴² Vgl. MIRKOVIČ, Flucht der Bauern, Fiskal- und Privatschulden, in: Festgabe für J. Straub, Athen 1989, S. 147 ff.

⁴³ Vgl. SAVIGNY, Vermischte Schriften II S. 40; Kübler SZRom 22 (1901) 209; EIBACH a.a.O. (o. Fn. 16) S. 242; GILIBERTI, Servus quasi colonus (= Pubblicazioni della Facoltà Giuridica dell'Università di Napoli 190), Napoli 1981, S. 132; PANITSCHKE, Der spätantike Kolonat: Ein Substitut für die „Halbfreiheit“ peregriner Rechtssetzungen? in: SZRom 107 (1990) 148 Fn. 66.

⁴⁴ Inst. 1, 3 pr. in Übernahme von Gai. Inst. 1, 9.

entstandenen und rechtlich anerkannten Positionen zwischen Vollfreiheit und völliger Unfreiheit nicht systematisch regelte.⁴⁵ Hieraus erklärt sich auch die in den spätantiken Rechtsquellen aufscheinende vielfältige und verwirrende Terminologie zur Bezeichnung der betreffenden Personengruppen als *coloni*, *adscripticii*, *censiti*, *tributarii* und eben *inquilini*, wobei mangels präziser Definition weithin unklar bleibt, ob es sich hierbei teilweise um Synonyma oder um jeweils unterschiedliche Gruppen handelt. Sicher ist aber, dass die späte kaiserliche Gesetzgebung mit *inquilini* nicht (mehr) die Mieter von städtischen Wohnungen bezeichnet, sondern Menschen, die auf Gütern unmittelbar oder mittelbar landwirtschaftliche Arbeiten verrichteten.⁴⁶ Mit besonderer Deutlichkeit ergibt sich dieser Tatbestand etwa aus der in C. 11, 53, 1 pr. enthaltenen Konstitution von 371,⁴⁷ wonach die Kolonen und Inquilinen nicht die Erlaubnis haben *abeundi rure*, denn *rus* bezeichnet nur den ländlichen Boden im Gegensatz zum städtischen. Der wirtschaftliche Wert dieser ländlichen Inquilinen für den Grundstückseigentümer lag also nicht wie derjenige der städtischen Wohnungsmieter in dem Recht auf die Mietzinsszahlung, sondern, jedenfalls primär, in ihrer Arbeitsleistung für die Bebauung des landwirtschaftlich genutzten Bodens. Zwecks Erhaltung des von den großen Gütern benötigten Arbeitskräftepotentials setzte sich denn auch bei den Inquilinen wie bei den Kolonen die Fixierung an die Scholle durch.

Betrachtet man auch die *inquilini* der Markian-Stelle D. 30, 112 pr. als solche auf ländlichen *fundi* tätige und ansässige Menschen, und den Testator als den Eigentümer der agrarischen Ländereien, so verliert der in dem Text mitgeteilte Sachverhalt seinen bei Annahme städtischer Mieter unverständlichen, ja absurden Charakter. Ein Eigentümer eines landwirtschaftlichen Gutes, der die zum Gut gehörenden Leute zum Gegenstand eines Vermächnisses macht, ist auch schon für das beginnende 3. Jh. durchaus vorstellbar angesichts des schon geschilderten Bestrebens der Grundherren, das knappe landwirtschaftliche Arbeitskräftepotential ihrer umfassenden

⁴⁵ Hierzu SAVIGNY a.a.O. S. 38 Fn. 2, 41, 63; CLAUSING, The Roman Colonnate (= *Studia Historica* 17), Diss. Columbia University, New York 1925 (ND Roma 1965), S. 17; GILBERTI a.a.O. S. 13 Fn. 11; PANITSCHKE a.a.O.

⁴⁶ Vgl. REVILLOUT a.a.O. (o. Fn. 24) S. 183 f.; ZACHARIÄ v. LINGENTHAL SZRom 9 (1888) 280; BOLKESTEIN a.a.O. (o. Fn. 15) S. 44; JONES, The Roman Colonnate, in: *Past and Present* 13 (Oxford 1958) 2 f. = Finley (Hg.), *Studies in Ancient Society* (London und Boston 1974) 291 f.; EIBACH a.a.O. (o. Fn. 16) S. 244 f.; BROCKMEYER, Arbeitsorganisation und ökonomisches Denken in der Gutswirtschaft des römischen Reiches, phil. Diss. Bochum 1968, S. 216; BLEICKEN a.a.O. (o. Fn. 41) S. 81; SIRKS, Reconsidering the Roman Colonnate, in: SZRom 110 (1993) 369; für die Inquilinen der Inschrift von Henchir Mettich (CIL VIII 25902 = FIRA I: *Leges*, 2. Aufl. Florentiae 1941, Nr. 100) auch TOUTAIN, L'inscription d'Henchir Mettich, in: RHD 21 (1897) 388 m. Fn. 2; BEAUDOUIN, Les grands domaines dans l'empire Romain, in: RHD 21 (1897) 719; FLACH, Inschriftenuntersuchungen zum römischen Kolonat in Nordafrika, in: *Chiron* 8 (1978) 451 Fn. 40, 460.

⁴⁷ Wortlaut s. o. Fn. 4.

Verfügungsgewalt zu unterwerfen. In unserem Fall könnte es sich bei dem Vermächtnisnehmer etwa ebenfalls um einen Gutsbesitzer gehandelt haben, dem der Erblasser durch das Vermächtnis seine Gutsleute oder einen Teil von diesen zukommen lassen wollte. Die *inquilini* in D. 30, 112 pr. sind daher als ländliche Inquilinen anzusehen.⁴⁸ Der Umstand, dass Markian in anderen Stellen seiner Schriften das Wort *inquilini* im Sinne von Mietern (städtischer) Gebäude gebraucht,⁴⁹ steht dem nicht notwendig entgegen. Ein unterschiedlicher Gebrauch des Terminus ist ja keineswegs ausgeschlossen; dass der Ausdruck in D. 30, 112 pr. ländliche Inquilinen bedeutet, konnte der damalige Leser des markianischen Institutionenwerkes aus dem Gesamtzusammenhang entnehmen.

Aufgrund des gefundenen Zwischenergebnisses (D. 30, 112 pr. handelt von ländlichen *inquilini*) ist nunmehr die Frage zu untersuchen, ob sich für diese Inquilinen im Bereich des Agrarsektors schon für die Zeit des Markian eine Gebundenheit an die Scholle nachweisen lässt. Dies ist nur möglich im Wege einer kritischen Revision und Auseinandersetzung mit der Vielzahl der zu diesem Problem in der romanistischen Forschung vertretenen Ansichten. Diese Ansichten lassen sich m.E. in drei große Gruppen zusammenfassen. Die erste Gruppe besteht aus denjenigen Autoren, nach denen sich die ursprünglich vollfreie Stellung der Inquilinen und Kolonen im Laufe der Zeit hin zu einer immer stärkeren Gebundenheit verschlechtert hat. Die zweite Gruppe nimmt eine umgekehrte Entwicklung an mit einer ursprünglichen Unfreiheit oder Halbfreiheit der Inquilinen als Ausgangspunkt. Die dritte Gruppe schließlich setzt die Entstehung des Inquilinats in Beziehung zu den zahlreichen Ansiedlungen kriegsgefangener Barbaren auf römischem Reichsboden in der Kaiserzeit.

a) Zur Frage der Entwicklung des gebundenen Inquilinats aus ursprünglicher Vollfreiheit

Wird das Institut des gebundenen Inquilinats als das Ergebnis einer Entwicklung aufgefasst, in deren Verlauf ursprünglich freie und damit auch Freizügigkeit genießende Landbewohner (römische Bürger und Provinziale) fortschreitend an die Scholle gefesselt worden sind, so müsste dieser Prozess zur Zeit der Abfassung des Institutionenwerkes von Markian, also in der Zeit des späten Prinzipats, schon weit fortgeschritten, ja im wesentlichen bereits abgeschlossen gewesen sein. Die Frage, ob eine solche Stellung der ländlichen Inquilinen schon in der ersten Hälfte des 3. Jahrhunderts bestanden haben oder

⁴⁸ So auch ROSAFIO Opus 3 (1984) 124; CRACCO RUGGINI a.a.O. (o. Fn. 37) S. 209 m. Fn. 25 (gegen POLARA); SORACI, "Voluntas domini" e gli *inquilini-coloni* sotto Commodo e Pertinace, in: Quaderni Catanesi 8 (1986) 292 f. m. Fn. 86.

⁴⁹ So wohl in D. 41, 2, 37, worauf POLARA BIDR 72 (1969) 148 f. verweist.

wenigstens als wahrscheinlich dargetan werden kann, erfordert ein Eingehen auf die unter den Vertretern jener Auffassung umstrittenen Gründe, die dazu geführt haben, dass der *Inquilinat* im Wege einer Beseitigung der Freizügigkeit der *Inquilinen* entstanden ist.

aa) Einführung des Inquilinats durch die staatliche (kaiserliche) Gesetzgebung

Die wohl überwiegende Ansicht hält die Einschränkung und schließlich völlige Beseitigung der Freizügigkeit der Kolonen und der *Inquilinen* für ein Werk der kaiserlichen Gesetzgebung. Das früheste uns erhaltene Gesetz, aus dem eine Bodenbindung von Kolonen hervorgeht, ist eine Konstitution des Kaisers Konstantin I. vom Jahre 332.⁵⁰ Diese Verordnung hat aber richtiger Ansicht nach die Bodenbindung der dort genannten Kolonen nicht erst eingeführt, sondern sie setzt diese bereits als bestehend voraus.⁵¹ Angeordnet wird nur die Rückführung eines bei einem anderen Grundbesitzer als demjenigen, zu dem er gehört, angetroffenen Kolonen⁵², wobei die während der Abwesenheit des Kolonen fällig gewordene Steuer (*capitatio*) dem Rückerstattungspflichtigen anzurechnen ist; ferner sollen mit dem Gedanken an Flucht spielende Kolonen nach Sklavenart in Eisen gelegt werden, um dadurch gezwungen zu werden, die freien Menschen zukommenden Aufgaben wie Sklaven zu erfüllen. Das Gesetz verfügt also nur Sanktionen für die Verletzung der Pflicht zum Verbleiben auf dem Land des berechtigten Grundherrn. Ein Gesetz, das die Bodenbindung erstmals eingeführt hat, ist nicht überliefert. Einen Hinweis auf ein solches Gesetz enthält aber eine zwischen 384 und 389 erlassene Konstitution der Kaiser Valentinian, Theodosius und Arkadius, die folgenden Wortlaut hat:

C. 11, 51, 1: *De colonis Palaestinis. Cum per alias provincias, quae subiacent nostrae serenitatis imperio, lex a maioribus constituta colonus quodam aeternitatis iure detineat, ita ut illis non liceat ex his locis quorum fructu relevantur abscedere nec ea deserere quae semel colenda susceperunt, neque id Palaestinae provinciae possessoribus suffragetur, sancimus, ut etiam per Palaestinas nullus omnino colonorum suo iure velut vagus ac liber exsultet, sed exemplo aliarum provinciarum ita domino fundi teneatur, ut sine poena suscipientis non possit abscedere:*

⁵⁰ C. Th. 5, 9, 1: *Apud quemcumque colonus iuris alieni fuerit inventus, is non solum eundem origini suae restituat, verum super eodem capitacionem temporis agnoscat. ipsos etiam colonos, qui fugam meditantur, in servilem conditionem ferro ligari conveniet, ut officia, quae liberis congruunt, merito servilis condemnationis compellantur implere.*

⁵¹ DE MARTINO, Storia della costituzione romana V, Napoli 1975, S. 188.

⁵² *Colonus alieni iuris* hat hier wohl die Bedeutung von *colonus alienus* (vgl. KRÄNZLEIN SZRom 116 (1999) 366; ähnlich GOFFART a.a.O. [o. Fn. 19] S. 71 f.).

addito eo, ut possessionis domino revocandi eius plena tribuatur auctoritas.

Hier wird von einer *lex a maioribus constituta* gesprochen, nach der in allen Provinzen außer Palästina die Kolonen in der Weise auf ewig an den Boden, der sie zu seiner Bebauung aufgenommen hat, festgehalten werden und sie ihn nicht verlassen dürfen; dieses ältere Gesetz wurde durch die Verordnung C. 11, 51, 1 nunmehr auch in Palästina eingeführt. Der genaue Inhalt dieser *lex a maioribus constituta* und das Alter des Gesetzes sind umstritten.⁵³ In unserem Zusammenhang ist von Interesse, ob sich die *lex* nicht nur auf die Kolonen im eigentlichen Sinne, sondern auch auf die (ländlichen) Inquilinen bezogen hat und ob sie schon zur Zeit des Markian in Geltung gewesen ist. Zur Beantwortung dieser Fragen muss zunächst darauf eingegangen werden, worin der Unterschied zwischen den auf dem Lande lebenden Inquilinen und den Kolonen zu erblicken ist. In der heutigen Diskussion stehen sich hier im Wesentlichen zwei Meinungen gegenüber: Nach einer Ansicht beruht der Unterschied zwischen Inquilinen und Kolonen auf dem in der römischen Kaiserzeit zu immer stärkerer Bedeutung gelangten *origo*-Grundsatz.⁵⁴ Kolone war deshalb derjenige Pächter von Ackerland, dessen *origo* die Gemeinde war, zu der auch das Gut des Verpächters gehörte; der Inquiline lebte und arbeitete zwar ebenfalls auf dem Gut, aber er gehörte nicht dieser, sondern einer fremden *origo* an.⁵⁵ Legt man dieses Kriterium zugrunde, dann hätte eine gesetzliche Fixierung an den von ihnen bearbeiteten und bewohnten Boden die Inquilinen jedenfalls dann nicht mitumfasst, wenn Zweck einer solchen gesetzlichen Regelung die Bindung der ihr unterworfenen Personen an ihre jeweilige *origo* etwa zur Sicherung der Besteuerung gewesen wäre,⁵⁶ da die Inquilinen ja gerade außerhalb ihrer *origo* ansässig waren. Die überwiegende Meinung sieht hingegen in den Kolonen Pächter von Bauernwirtschaften auf den Ländereien des Grundherrn, die ihre Bauernstellen grundsätzlich eigenverantwortlich bewirtschaften gegen Leistung eines Pachtzinses (*canon*) an den Verpächter; die Inquilinen werden hingegen für Landarbeiter gehalten, die als Häusler (*casarii*) auf dem Gut leben – entsprechend den städtischen Mietern auf dem Grundstück des Vermieters.⁵⁷ Folgt man dieser Auffassung, so wäre die gesetzliche Anordnung einer Bodenbindung wohl denkbar, die aufgrund des geringeren sozialen Status dieser Landarbeiter (*operarii*) gegenüber den Kolonen als Pächtern sogar schon zeitlich früher als bei diesen stattgefunden

⁵³ Referat der verschiedenen Meinungen bei TOMULESCU, Über die *lex a maioribus constituta*, in: RIDA 14 (1967) 429 ff.

⁵⁴ Zu diesem Prinzip allgemein D. NÖRR, Art. ‚origo‘, in: RE Suppl. 10 (1965) 433 ff.

⁵⁵ Eingehend ROSAFIO Opus 3 (1984) 121 ff., 125 ff.; ebenso CRACCO RUGGINI a.a.O. (o. Fn. 37) S. 209 f.; auch BOLKESTEIN a.a.O. (o. Fn. 15) S. 44; ablehnend SIRKS SZRom 110 (1993) 369 Fn. 138 (gegen ROSAFIO).

⁵⁶ Zu der Bindung an die *origo* allgemein NÖRR RE Suppl. 10, 465 f.

⁵⁷ S. die Angaben o. Fn. 46.

haben könnte. Einige ältere Autoren haben in der Tat den Erlass eines solchen die Freizügigkeit beseitigenden Gesetzes schon in der Prinzipatszeit nachzuweisen versucht.⁵⁸ Für den Kolonat ist eine solche frühe Bindung definitiv auszuschließen. Nicht nur sind in den klassischen Juristenschriften die *coloni* freie Pächter, deren Stellung gegenüber dem Verpächter sich nur nach der *locatio conductio* bestimmt mit der Folge ihrer Abzugsfreiheit nach Beendigung des Vertragsverhältnisses,⁵⁹ sondern die Kaisergesetzgebung hat noch bis in die Mitte des 3. Jh.s die Versuche der Grundherren, ihre Pächter über die vertragliche Verpflichtung hinaus auf dem Pachtgut festzuhalten, nachdrücklich zu unterbinden versucht, wie besonders aus einem Reskript des Kaisers Philipp Arabs hervorgeht, das im Jahre 244 ergangen ist, also ziemlich sicher nach der Abfassung der Institutionen des Markian.⁶⁰ Mit den dort genannten *conductores* sind sicher (auch) die *coloni* gemeint, nicht nur die häufig, vor allem bei den kaiserlichen Domänen, zwischen dem Grundherrn und den Kolonen als Kleinpächtern zwischengeschalteten Großpächter,⁶¹ denn die Kolonen waren gewiß solchen Versuchen der Grundherren, sie am Wegzug zu hindern, wesentlich stärker ausgesetzt als die Großpächter. Eine Geltung dieser kaiserlichen Reskriptenpraxis auch für die Inquilinen könnte man zwar, wenn man in diesen nur Landarbeiter erblickt, entgegenhalten, dass es sich bei ihnen dann nicht um Pächter und damit um *conductores* im Rahmen der *locatio conductio rei* handeln würde, sondern um *locatores* aufgrund einer *locatio conductio operarum*. Dieses Argument erscheint aber als zu formalistisch. Es spricht viel für ein Bestreben der Kaiser, die Freizügigkeit aller auf den Gütern tätigen freien Personen, zumal römischer Bürger, gegen eigenmächtige Maßnahmen der Grundherren zu schützen. Nicht überzeugend ist auch die Meinung, die Freizügigkeit der Inquilinen – nicht auch schon der Kolonen – sei durch das in D. 30, 112 pr. erwähnte Reskript von Mark Aurel und Kommodus angeordnet worden.⁶² Eine solche einschneidende Maßnahme wäre sicher nicht durch ein auf den Einzelfall bezogenes Reskript verfügt worden. Auch der Auffassung, bei der *lex a maioribus constituta* handle es sich um

⁵⁸ So MARQUARDT, Römische Staatsverwaltung II, 3. Aufl. (ND Darmstadt 1957) S. 242 f., der schon Augustus für den wahrscheinlichen Begründer des schollengebundenen Kolonats hielt; weitere Angaben bei TOMULESCU RIDA 14 (1967) 430 ff. und bei HEISTERBERGK, Die Entstehung des Colonats, Leipzig 1876, S. 32 ff.

⁵⁹ S. die Nachweise bei POLARA BIDR 72 (1969) 148 Fn. 18.

⁶⁰ C. 4, 65, 11: *Invitos conductores seu heredes eorum post tempora locationis impleta non esse retinendos saepe rescriptum est*; s. auch schon das in D. 49, 14, 3, 6 (*Callistratus libro tertio de iure fisci*) mitgeteilte Reskript von Hadrian.

⁶¹ So aber wohl MARCONE, Il colonato del tardo Impero: un mito storiografico? in: Athenaeum 63 (1985) 517; wie hier REVILLOUT, Etude sur l'histoire du colonat chez les Romains, in: RHD 2 (1856) 460 m. Fn. 5; Polara BIDR 72, 155; BROCKMEYER a.a.O. (o. Fn. 46) S. 272.

⁶² So aber MASCHI a.a.O. (o. Fn. 29) S. 115; BROCKMEYER, Der Kolonat bei den römischen Juristen der republikanischen und der augusteischen Zeit, in: Historia 20 (1971) 737 Fn. 33; wohl auch SORACI Quaderni Catanesi 8 (1986) 312.

Gewohnheitsrecht, aufgrund dessen sich die Bodenbindung der freien Personen auf den großen Gütern entwickelt habe,⁶³ ist für die Zeit bis Mitte des 3. Jh.s nicht zu folgen. Abgesehen von der umstrittenen Frage, ob die Römer die von einer entsprechenden Rechtsüberzeugung getragene Gewohnheit überhaupt als Rechtsquelle anerkannt haben,⁶⁴ steht der Bildung eines solchen Gewohnheitsrechts in diesem Zeitraum die dargelegte kaiserliche Gesetzgebung entgegen. Die *lex a maioribus constituta* ist deshalb wohl erst kurz vor der Konstitution C. Th. 5, 9, 1 von 332 ergangen.⁶⁵ Eine Unterwerfung freier Gutsleute unter die Bodenbindung auf legislatorischem Wege schon am Anfang des 3. Jh.s oder gar noch früher ist aus diesen Gründen als unwahrscheinlich zu bezeichnen.

ab) Entstehung des Inquilinats durch vertragliche Unterwerfung

Nach einer anderen in der Vergangenheit häufiger vertretenen Auffassung verdankt der Inquilinat seine Entstehung nicht einem gesetzgeberischen Akt, durch den freien Personen das Recht zum Verlassen des von ihnen bewirtschafteten Landes entzogen worden sei; die Anfänge des spätantiken Inquilinats seien vielmehr darin zu erblicken, dass sich im Laufe der Kaiserzeit kleine Landwirte in auswegloser wirtschaftlicher Lage, die insbesondere durch den sich ständig steigenden Steuerdruck bedingt gewesen sei, in immer größerer Anzahl „freiwillig“ in eine erbliche Botmäßigkeit als schollengebundene Pächter oder Landarbeiter unter die großen Grundherren begeben hätten.⁶⁶ Es ist daher zu prüfen, ob diese Erklärung an sich Zustimmung verdient und (bejahendenfalls), ob ein solches Rechtsverhältnis schon in der (späten) Prinzipatszeit hat wirksam begründet werden können. Als Hauptbeleg beriefen sich jene älteren Autoren auf eine Stelle bei dem Kirchenschriftsteller Salvian, der in der Mitte des 5. Jh.s diejenigen beklagt, die durch feindliche Einfälle oder wegen ihrer Flucht vor den Steuereintreibern ihre Heimstätten und Äckerchen verlieren und Kolonen der Reichen werden, wodurch sie in der Erniedrigung des Inquilinats Vermögen und Freiheit einbüßen und sie gleich

⁶³ Als Gewohnheitsrecht deuten die *l. a maioribus constituta* DE ROBERTIS, Lavoro e lavoratori nel mondo romano, Bari 1963, S. 357 f. sowie SIRKS SZRom 110 (1993) 348.

⁶⁴ Hierzu eingehend FLUME, Gewohnheitsrecht und römisches Recht, in: Gesammelte Schriften I, Köln 1988, S. 30 ff.

⁶⁵ TOMULESCU RIDA 14 (1967) 435 f. nimmt den Zeitraum zwischen 244 (Erlass des Reskripts C. 4, 65, 11) und 332 an.

⁶⁶ Erstmals vertreten wohl von GOTHOFREDUS, in seinem Kommentar zum Codex Theodosianus, Tomus primus, editio nova, Lipsiae 1736, Paratitlon ad C. Th. 5, 9 (S. 496): „... Colonos fuisse Dedititios ... qui scilicet cum sese ex Barbaris Nationibus dedidissent, alienis fundis colendis operam suam addixerant, sub certa census & capitationis lege: Inquilini vero, qui ex Romanis iam olim eadem tamen quo coloni iure & conditione, sic ut quoad inter hos discriminis esset ...“ sowie Commentarius ad C. Th. 5, 10 (S. 501); eingehend ZUMPT, Ueber die Entstehung und historische Entwicklung des Colonats, in: Rheinisches Museum für Philologie – RMPH – 3 (1845) 40 ff., 50 ff.

den Schweinen der Kirke (in der Odyssee) als Freigeborene in Sklaven verwandelt werden.⁶⁷ Diese Ausführungen vermögen aber, wie seit langem allgemein anerkannt ist, die „Kapitulantentheorie“ nicht zu tragen. Salvian schildert hier in erster Linie tatsächliche Erscheinungen in der chaotischen Zeit der Völkerwanderung kurz vor dem Untergang des weströmischen Reiches. Dem Passus lässt sich nicht einmal mit Sicherheit entnehmen, ob diese Vorgänge der Begebung von Freien unter die Gewalt der reichen Grundherren ein wirksames Rechtsverhältnis begründeten oder es sich nur um tatsächliche Vorgänge handelte.⁶⁸ Schon gar nicht lässt die Stelle auf die Entstehung des *Inquilinats* durch solche Unterwerfungen schließen. Wahrscheinlicher ist, dass *Inquilinat* und *Kolonat*, die in der Zeit von Salvian als Rechtseinrichtungen längst vorhanden waren, aus anderen Gründen entstanden sind und die Möglichkeit der Unterwerfung erst später eingeführt worden ist.⁶⁹ Überdies hätte die Begebung freier Menschen in ein sklavenähnliches Abhängigkeitsverhältnis zu ihrer rechtlichen Wirksamkeit einer gesetzlichen Grundlage bedurft.⁷⁰ Der Erlass eines solchen Gesetzes schon in der Prinzipatszeit kann nach den Ausführungen o. zu a) als ausgeschlossen angesehen werden.

In anderer Weise sucht neuerdings vor allem SIRKS einen vertragsartigen Ursprung des (unfreien) *Kolonats* und *Inquilinats* nachzuweisen. Wie viele Vertreter der Lehre von der Einführung der Bodenbindung unmittelbar durch die Gesetzgebung (vgl. o. zu a) betrachtet auch SIRKS als Anlass für die Entstehung der Bodenbindung die Pflicht der – nicht eximierten – Landbewohner (*plebs rustica*) zur Zahlung der Kopfsteuer (*tributum capitis, capitatio*), während die *plebs urbana* (wohl seit Diokletian) von der Kopfsteuer befreit war.⁷¹ Kopfsteuerpflichtig waren daher auch die ländlichen Pächter, Häusler, Landarbeiter usw. Der bodengebundene *Kolonat* und der entsprechende *Inquilinat* ist nach SIRKS dadurch entstanden, dass der Grundherr

⁶⁷ Salvianus, *de gubernatione Dei* 5, 8, 9: „... nonnulli, quum domicilia atque agellos suos aut pervasionibus perdunt aut fugati ab exactoribus deserunt, fundos maiorum expetunt et coloni divitum fiunt. ac sicut solent ... isti, qui habere amplius vel sedem vel dignitatem suorum natalium non queunt, iugo se inquilinae abiectionis addicunt ... in hac necessitate redacti, ut ... et rerum proprietate careant et ius libertatis amittant. ... ita et isti omnes, qui intra fundos divitum recipiuntur, quasi Circei poculi transfiguratione mutantur. Nam ... quos esse constat ingenuos, vertuntur in servos.“

⁶⁸ Vgl. ROBERTUS, Untersuchungen auf dem Gebiete der Nationalökonomie des klassischen Alterthums I: Zur Geschichte der agrarischen Entwicklung Roms unter den Kaisern oder die Adscriptitier, Inquilinen und Colonen, in: *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik – JbNöSta* – 2 (1864) 262 Fn. 51; für die Möglichkeit eines nur faktischen Missbrauchs auch SAVIGNY *Vermischte Schriften* II S. 47 f.

⁶⁹ SAVIGNY a.a.O. S. 46 ff.; HEISTERBERGK, a.a.O. (o. Fn. 58) S. 31 f.; CLAUSING a.a.O. (o. Fn. 45) S. 64.

⁷⁰ Hierauf weist zur Recht hin HEISTERBERGK a.a.O. S. 29 f.

⁷¹ Hierzu NEESEN, Untersuchungen zu den direkten Staatsabgaben der römischen Kaiserzeit (27 v. Chr. – 284 n. Chr.) (= *Antiquitas*, Reihe I: Abhandlungen zur Alten Geschichte, Bd. 32), Bonn 1980, zugl. phil. Diss. Tübingen, S. 117 ff., 162 ff. m. Quellennachweisen.

in einer besonderen Vereinbarung, die ein *pactum adiectum* zur *locatio conductio* bildete, gegenüber den Gutsleuten die Garantie für die Zahlung der Kopfsteuer an den Staat übernahm. Diese Vereinbarung war primär privatrechtlicher Natur, die lediglich die Garantiepflicht des Grundherrn gegenüber seinen Vertragspartnern begründete, die aber im „Außenverhältnis“ gegenüber dem Staat weiterhin selbst steuerpflichtig blieben. Aufgrund dieser Garantie wurden die Gutsleute in die Steuerrolle (*census*) des Grundherrn eingetragen, woraus sich der Terminus *adscripticii* herleitet. Als Gegenleistung verpflichteten sich die durch diese Garantie Begünstigten zur Arbeitsleistung auf dem Grundbesitz des Herrn entweder – wie meist – als Arbeiter und damit *locatores* oder als Pächter und damit *conductores* neben der Pachtzahlung. Sie waren damit als unfreie *coloni* oder *inquilini* der *potestas* des Grundherrn unterworfen und an dessen Scholle gebunden. Diese Bindung ging auch auf ihre Nachkommen über, war also vererblich.⁷² Die gesetzliche Grundlage dafür, dass eine privatrechtliche Vereinbarung so tiefgreifend in die persönliche Freiheit des einen Vertragsteils eingreifen konnte, sieht SIRKS in der *lex a maioribus constituta* (vgl. o. zu a),⁷³ die er aber nicht als ein positives Gesetz deutet, sondern als eine gewohnheitsrechtlich entstandene Regelung.⁷⁴ Ob diese scharfsinnige und eingehend begründete These von SIRKS insgesamt stichhaltig ist, kann für die hier zu untersuchende Frage nach der Stellung der in D. 30, 112 pr. genannten Inquilinen dahinstehen. Denn ein zur Bodenbindung bisher freier Menschen ermächtigendes Gewohnheitsrecht ist für die Spätzeit des Prinzipats (wie o. zu a) dargelegt, noch nicht anzunehmen. Auch die Unterwerfungsthese löst mithin die Problematik der Markian-Stelle nicht.

ac) Mögliche Auswirkungen einer tatsächlichen Bodenbindung

Ein weiterer Ansatz zur Erklärung der rätselhaften Stelle D. 30, 112 pr. beruht auf der Unterscheidung zwischen der rechtlichen und der tatsächlichen Position der dortigen *inquilini*. Ihrem rechtlichen Status nach sind diese Inquilinen zwar noch völlig frei einschließlich ihres Rechts zum Abzug vom Land des Grundherrn nach Beendigung des Pacht- oder Arbeitsverhältnisses, tatsächlich aber war ihre Freizügigkeit zu Beginn des 3. Jh.s kraft der übermächtigen Stellung des Grundherrn schon weitgehend beseitigt, so dass sie als zum

⁷² Siehe zum Ganzen SIRKS, SZRom 110 (1993) 345 ff., speziell zu den Inquilinen S. 369; ähnlich schon KUH, Die städtische und bürgerliche Verfassung des Römischen Reiches I, Leipzig 1864, S. 269 f.; SERRIGNY, Droit public et administratif romain II, Paris 1862, Nrn. 1138, 1139 (S. 394 ff.).

⁷³ Vgl. C. 11, 51, 1.

⁷⁴ SIRKS SZRom 110, 348: „Evidently it was customary law ...“.

Grundstück gehörig angesehen wurden.⁷⁵ Der Grund für den zunächst faktischen Verlust der Freizügigkeit wird hauptsächlich in der – durch die häufige Erwähnung der *reliqua colonorum* in den Rechtsquellen belegten⁷⁶ – zunehmenden Verschuldung der Pächter gegenüber ihren Grundherrn gesehen,⁷⁷ die wiederum meist auf eine allmähliche Erschöpfung der Fruchtbarkeit des Ackerbodens zurückgeführt wird.⁷⁸ Dass die Pächter bereits im frühen 3. und wohl auch schon im 2. Jh. erheblichen Pressionen der Grundbesitzer ausgesetzt waren, um sie wegen des herrschenden Mangels an ländlichen Arbeitskräften auf ihren Ländereien zu halten und ihre Freizügigkeit daher tatsächlich zumindest stark eingeschränkt war, kann in der Tat kaum bezweifelt werden. Ein eindeutiger Beleg dafür ist das Reskript vom Jahre 244,⁷⁹ das zahlreiche ältere Reskripte erwähnt (*saepe rescriptum est*), in denen den Grundherren ein zwangsweises Festhalten der Pächter nach Ablauf der Pachtzeit bereits verboten worden ist. Die notwendige häufige Wiederholung dieses Verbots lässt auf dessen immer wieder vorkommende Übertretung schließen. Eine bloß faktische Fesselung der *inquilini* kann aber den Inhalt von D. 30, 112 pr. bei Echtheit der Worte *sine praediis quibus adhaerent* nicht befriedigend erklären. Wäre nämlich eine Schollenbindung nur tatsächlich praktiziert worden, rechtlich aber (noch) illegal gewesen, so hätte das dortige Legat auch dann für *inutile* erklärt werden müssen, wenn der Testator die Inquilinen *cum praediis* vermacht hätte, da in diesem Falle jedwede Verfügung über Inquilinen widerrechtlich gewesen wäre. Auch die angeordnete *aestimatio* lässt sich, wie bereits ausgeführt (vgl. o. zu C. II. 1. a. E.), mit der intensiven Bekämpfung der illegalen Praktiken der Grundbesitzer durch die damalige und noch die spätere kaiserliche Gesetzgebung nicht recht vereinbaren; zur Sicherung der Freizügigkeit der Inquilinen hätte eine völlige Nichtigkeit des Vermächtnisses näher gelegen.

b) Zur Frage eines Ursprungs des Inquilinats in persönlicher Unfreiheit

Die bisher erörterten Annahmen über die Entstehung des Inquilinats haben die Gemeinsamkeit, dass hiernach die Inquilinen der späten Kaiserzeit ursprünglich Freie waren, deren Vollfreiheit aus Gründen, über die die Ansichten

⁷⁵ So SCHULTEN, Die römischen Grundherrschaften, Weimar 1896, S. 95; TOMULESCU RIDA 14 (1967) 432; wohl auch BROCKMEYER a.a.O. (o. Fn. 46) S. 274; s. auch ZUMPT RhMPh 3 (1845) 25 f.

⁷⁶ So in D. 33, 7, 20, 3 (*Scaevola libro tertio responsorum*) und D. 33, 7, 27, 1 (*Scaevola libro sexto digestorum*).

⁷⁷ SCHULTEN, Der römische Kolonat, in: HZ 78 (1897) 5 ff.; BOLKESTEIN a.a.O. (o. Fn. 15) S. 119 ff.; MIRKOVIĆ, *Colonus iuris alieni and the Taxation*, in: Opus 5 (1986) 63 ff.; SORACI Quaderni Catanesi 8 (1986) 275 f., 292 f.; insoweit auch POLARA BIDR 72 (1969) 153 ff.

⁷⁸ So vor allem CLAUSING a.a.O. (o. Fn. 45) S. 262 ff., 269 ff., 274 ff., 294 ff.; ferner TOMULESCU RIDA 14, 441 m. Fn. 30; GILIBERTI a.a.O. (o. Fn. 43) S. 5.

⁷⁹ C. 4, 65, 11 (Wortlaut o. Fn. 60).

auseinander gehen, durch eine immer stärkere Fesselung an den von ihnen bearbeiteten und bewohnten Boden eingeschränkt worden ist. Die nunmehr zu behandelnden Auffassungen nehmen hingegen geradezu eine umgekehrte geschichtliche Entwicklung an. Ausgangspunkt des Inquilinats und des Kolonats ist eine völlige oder teilweise Unfreiheit der betreffenden Menschen, deren ursprünglicher Status sich zum Inquilinat oder Kolonat hin entwickelt hat, was bei Annahme einer ursprünglichen Sklavenstellung der späteren Inquilinen oder Kolonen sogar zu einer Verbesserung ihrer Rechtsposition geführt hat.

ba) Ursprüngliche Sklavenstellung der Inquilinen („Sklaveninquilinat“)

Werden die *inquilini* in D. 30, 112 pr. schlechthin als Sklaven des Testators angesehen, so ist die Unwirksamkeit des Vermächtnisses unerklärlich. Denn Sklaven standen wie Sachen im Eigentum des *dominus*, der deshalb grundsätzlich unbeschränkt über sie verfügen, und sie folglich auch ohne die Grundstücke, auf denen sie lebten und arbeiteten, veräußern und mithin auch vermachen konnte.⁸⁰ Die Vertreter dieser Auffassung suchen diese grundsätzliche Schwierigkeit zu überwinden durch die Annahme, bestimmte Gruppen von *servi rustici* hätten im Laufe der Kaiserzeit eine Sonderstellung gegenüber den übrigen Sklaven erlangt. Es seien dies zum einen die Sklaven gewesen, denen der Herr einzelne Bauernstellen auf seine Ländereien zur kleinbäuerlichen Bewirtschaftung aufgrund eines „Pachtverhältnisses“ gegen Zahlung eines *canon* ausgetan hätte, den Vorläufern der späteren Kolonen. Die andere Gruppe hätten die mit unmittelbar landwirtschaftlichen Arbeiten auf dem Gut betrauten Sklaven gebildet als Vorläufer der späteren Inquilinen. Die Pächtersklaven wie die Landarbeitersklaven wären allmählich als Zubehör (*instrumentum*) qualifiziert worden und wären deshalb, wie das übrige Zubehör auch, in der Regel nur zusammen mit dem *fundus* veräußert worden. Schließlich habe die Gesetzgebung ihre Untrennbarkeit vom Boden festgeschrieben.⁸¹

Die Lehre vom Sklavenkolonat bzw. -inquilinat nimmt durch ihre Geschlossenheit für sich ein, ihr gelingt aber ebenfalls keine widerspruchsfreie Erklärung von D. 30, 112 pr. Einmal wurde noch in spätklassischer Zeit der

⁸⁰ Vgl. KÜBLER SZRom 22 (1901) 208; CRACCO RUGGINI a.a.O. (o. Fn. 37) S. 209. Nicht überzeugend daher JONES Past & Present 13 (1958) 12 Anm. 22: „The persons so described (in D. 30, 112 pr.) must be slaves, or they could not left by only alienable with it.“ Der Testator hat die *inquilini* hier doch gerade ohne den Boden vermacht, sie also nicht „attached by will“.

⁸¹ Hauptvertreter dieser Lehre war RODBERTUS, der sie in JbNöSta 2 (1864) 228 ff., 232 ff., 251 Fn. 42 und *passim* eingehend dargelegt und begründet hat; in ähnlichem Sinne REVILLOUT a.a.O. (o. Fn. 24) S. 184 ff.; BEAUDOUIN RHD 21 (1897) Fn. 2.

servus quasi colonus gar nicht zum *instrumentum fundi* gerechnet.⁸² Aber selbst eine Zugehörigkeit zum *instrumentum* hätte eine Legierbarkeit solcher Sklaven ohne die Grundstücke keineswegs ausgeschlossen, denn die Verbindung von *instrumentum* und *fundus* war keine rechtlich notwendige, sondern sie hing von einem entsprechenden Willen des Testators ab.⁸³ Diskutiert wurden lediglich die Modalitäten der Auslegung eines Testaments, in dem der *fundus* vermacht worden war ohne eine Bestimmung über das Schicksal des *instrumentum*.⁸⁴ Der Erblasser in D. 30, 112 pr. hatte aber einen entsprechenden Trennungswillen im Testament offenbar eindeutig zum Ausdruck gebracht. Die Vertreter der Theorie vom Sklavenkolonat erkennen denn auch an, dass eine vom Willen des Grundstückseigentümers unabhängige Verbindung von *instrumentum* und *fundus* nur durch eine gesetzliche Regelung eingeführt werden konnte. ROBERTUS nimmt eine solche Regelung erst für das 4. Jh. seit Konstantin an,⁸⁵ also erst lange nach den Institutionen des Markian. Irrig ist die Annahme, die Untrennbarkeit habe schon ein in D. 30, 41, 1 erwähntes SC von 110 eingeführt,⁸⁶ denn dieser Senatsbeschluss bezieht sich nur auf ein Vermächtnis von mit einem Gebäude verbundenen Sachen (*ea, quae aedibus iuncta sunt*). Der Testator in D. 30, 112 pr. hätte folglich auch über zum *instrumentum* gehörige Sklaven wirksam ohne die Grundstücke verfügen können.

bb) Kolonat und Inquilinat als Folge von Freilassungen mit beschränkter Wirkung

Einen nur vereinzelt anzutreffende ältere Meinung hielt die Kolonen und Inquilinen für Freigelassene, deren Freilassung in ihrer Wirkung dahingehend eingeschränkt gewesen sei, dass sie den Boden, auf dem sie als Sklaven ansässig waren, auch als *liberti* nicht verlassen durften. Auf solche Art Freigelassene seien die *inquilini* der Markian-Stelle.⁸⁷ Eine derartige

⁸² Vgl. D. 33, 7, 12, 3 (*Ulpianus libro vicesimo ad Sabinum*): *Quaeritur, an servus, qui quasi colono in agro erat, instrumento legato contineatur. et Labeo et Pegasus recte negaverunt, quia non pro instrumento in fundo fuerat, etiamsi solitus fuerat et familiae imperare*; FRIER SZRom 100 (1983) 668; zum Legat eines *fundus cum instrumento* s. auch JAKAB, Ein *fundus cum instrumento legatus* und der ‚verliebene Wein‘: Scaevola D. 33, 7, 27, 3 zum Kauf mit Anzahlung, in: SZRom 119 (2002) 181 ff.

⁸³ POLARA BIDR 72 (1969) 142 f. m. Nachw. in Fn. 9.

⁸⁴ Vgl. hierzu STEINWENTER, *Fundus cum instrumento* (= Akademie der Wissenschaften in Wien, Philos.-histor. Klasse, Sitzungsberichte, Band 221, Abhandlung 1), Wien und Leipzig 1942, S. 82 ff.

⁸⁵ ROBERTUS JbNöSta 2 (1864) 243 ff.

⁸⁶ So aber REVILLOUT a.a.O. (o. Fn. 24) S. 184 ff.

⁸⁷ So PUCHTA, *Cursus der Institutionen* II, 9. Aufl. (= System und Geschichte des römischen Privatrechts), besorgt von Paul KRÜGER, Leipzig 1881, § 214 Fn. w.: Die Stelle „lässt sich schwerlich auf andere Art erklären, als dass zu Marcians Zeit das Kolonenverhältnis als auf beschränkter Freilassung beruhend bereits als gesetzliches bestanden hat.“

Freilassungsbeschränkung konnte aber nicht der Freilasser allein durch den privatrechtlichen Akt der Freilassung herbeiführen, denn dadurch wäre ein neuer Status der Personen zwischen *liberi* (*liberti*) und *servi* geschaffen worden, was über die Kompetenz eines Privaten hinausging und nur auf gesetzgeberischem Wege hätte erfolgen können.⁸⁸ Dies verkannte auch PUCHTA als Urheber der Lehre von der beschränkten Freilassung nicht, weshalb er die Einführung einer solchen *manumissio* durch ein uns nicht überliefertes Gesetz unterstellte.⁸⁹ Dem wurde mit Recht entgegengehalten, dass sich in den uns erhaltenen Quellen auch nicht der leiseste Hinweis auf ein derartiges Gesetz findet, was angesichts der Wichtigkeit einer solchen das römische *status*-Recht erheblich modifizierenden Regelung unerklärlich ist.⁹⁰

Eine andere Lehrmeinung identifiziert die Kolonen und Inquilinen mit der durch die *lex Junia (Norbana)* geschaffenen Klasse der *Latini Juniani*,⁹¹ also mit denjenigen formlos Freigelassenen, die nicht römische Bürger wurden, sondern nur den Status von Latinern erhielten.⁹² *Latini Juniani* konnten zwar in der Tat Gegenstände eines Vermächtnisses sein,⁹³ aber für eine Bodenbindung dieser *liberti* im Gegensatz zu den zu römischem Bürgerrecht Freigelassenen fehlt es ebenfalls an einem Hinweis. Zudem sagt noch eine um die Wende vom 4. zum 5. Jh. ergangene Konstitution,⁹⁴ dass die Kolonen *videantur ingenui*, was sich mit einem Freigelassenenstatus kaum verträgt.

bc) Inquilinen als Schuldknechte

Eine weitere Ansicht, die den Inquilinat aus einer beschränkten Freiheit herleitet, sieht in den Inquilinen und Kolonen Schuldner des Grundbesitzers, die ihre Verbindlichkeiten nicht erfüllen konnten und deshalb dem Gläubiger als Schuldknechte zur Abarbeitung ihrer Schulden auf dessen Ländereien zugesprochen worden sind. Diese Ansicht stützt sich auf eine Stelle in dem 37 v. Chr. entstandenen Werk des römischen Agrarschriftstellers Varro.⁹⁵ Unter

⁸⁸ Überzeugend SAVIGNY, Vermischte Schriften II S. 59 ff.

⁸⁹ PUCHTA a.a.O.

⁹⁰ SAVIGNY a.a.O.; ZUMPT RMPH 3 (1845) 9 f.; REVILLOUT RHD 3 (1857) 367; HEISTERBERGK a.a.O. (o. Fn. 58) S. 30; SCHULTEN HZ 78 (1897) 4; CLAUSING a.a.O. (o. Fn. 45) S. 66.

⁹¹ So GUARINO, Spartakus (ital. Original: Spartaco), München 1980, S. 87 f., 134; auch schon SERRIGNY a.a.O. (o. Fn. 72) Nrn. 1141 (S. 399) u. 1142 (S. 400 f.).

⁹² Hierzu allgemein BALESTRI FUMAGALLI, *Lex Junia de manumissionibus* (= Università degli studi di Milano, Facoltà di Giurisprudenza, Pubblicazioni dell'Istituto di diritto romano 19), Milano 1985 (Bespr. v. KNOTHE SZRom 105 [1988] 825 ff.).

⁹³ Gai. Inst. 2, 193.

⁹⁴ C. 11, 52, 1, 1.

⁹⁵ Varro, *de re rustica*, lib. 1, cap. 17: *Omnes agri coluntur hominibus servis aut liberis aut utrisque. Liberis, aut cum ipsi colunt, ut plerique pauperculi cum sua progenie: aut mercenariis, cum conducticiis liberorum operis res maiores, ut videmias, ac foenificia administrant: iique*

denjenigen, die landwirtschaftliche Arbeiten verrichten, werden dort auch *obaerarii* genannt, unter denen die hier behandelte Ansicht die *Inquilinen* bzw. Kolonen als solche Schuldknechte versteht.⁹⁶ Es ist aber schon fraglich, ob unter den *obaerarii* des Varro Schuldknechte und nicht die ebenfalls in der Stelle genannten freien Arbeiter (*mercenarii*) zu verstehen sind.⁹⁷ Vor allem aber war die Schuldknechtschaft des archaischen römischen Rechts schon im Gefolge der *lex Poetelia* von 326 v. Chr. aus der Übung gekommen.⁹⁸ Aus der Stelle des Varro geht denn auch ziemlich eindeutig hervor, dass er von den *obaerarii* in Rom und Italien als einer Einrichtung der Vergangenheit spricht, die zu seiner Zeit nur noch in Asien, Ägypten und Illyrien existierte. Eine Identifikation der *obaerarii* mit den *Inquilinen* oder Kolonen wird deshalb ganz überwiegend abgelehnt.⁹⁹

bd) Ursprung von Inquilinat und Kolonat in den Klientelverhältnissen

Aus dem altrömischen Institut der Klientel lassen sich *Inquilinat* und *Kolonat* ebenfalls nicht herleiten. Dieses archaische Abhängigkeitsverhältnis zwischen Patron und Klienten hatte schon seit der hohen Republik nur noch gesellschaftliche Bedeutung und brachte keine rechtliche Beschränkung der Vollfreiheit der Klienten mehr mit sich.¹⁰⁰ Ferner war der Boden, den der Patron in altrömischer Zeit seinem Klienten ausgetan hatte, diesem nur prekaristisch überlassen, er konnte dem *cliens* also jederzeit wieder entzogen werden; für den *Kolonat* war dagegen die dauernde, sogar erbliche Bodenbindung auch gegen den Willen des Herrn kennzeichnend.¹⁰¹

quos obaerarios [obaeratos?] nostri vocitarunt, et etiam nunc sunt in Asia, et Aegypto, et in Illyrico complures.

⁹⁶ So schon CUIACIUS, *Commentarius ad C. 11, 48*, in: *Opera X* (Prati 1840) Sp. 284 ff. und ad D. 30, 112 pr., in: *Opera VII* (Prati 1839) Sp. 1720 f.; FUSTEL DE COULANGES a.a.O. (o. Fn. 37) S. 18 f.

⁹⁷ SAVIGNY, *Vermischte Schriften II* S. 43 f.

⁹⁸ Anders AVRAM, *Das Problem der Entstehung des Kolonats in Italien am Ende der Republik und zu Beginn des Kaiserreiches*, in: *Revue roumaine d'histoire* 21 (Bukarest 1982) 39 ff., der aber eine Verbindung mit dem spätantiken Kolonat verneint (S. 41 f.).

⁹⁹ SAVIGNY a.a.O.; ZUMPT *RMPH* 3 (1845) 6 f.; HEISTERBERGK a.a.O. (o. Fn. 58); SEECK, *Geschichte des Untergangs der antiken Welt I*, 4. Aufl. Stuttgart 1921 (ND Darmstadt 2000), S. 587; GUMMERUS, *Der römische Gutsbetrieb* (= *Klio*, Beiheft 5), Leipzig 1906 (ND Aalen 1979), S. 63; DE ROBERTIS a.a.O. (o. Fn. 63) S. 353 Fn. 53; LO CASCIO, „*Obaerarii*“ („*obaerati*“): la nozione della dipendenza in Varrone, in: *Index* 11 (1982) 266.

¹⁰⁰ Vgl. SAVIGNY a.a.O. S. 45; REVILLOUT *RHD* 3 (1857) 367 f.; HEISTERBERGK a.a.O. S. 24 f.; BROCKMEYER *Historia* 20 (1971) 742 m. Fn. 53; PANITSCHKEV *SZRom* 107 (1990) 151.

¹⁰¹ CLAUSING a.a.O. (o. Fn. 45) S. 65, 67.

be) Entstehung von Inquilinat und Kolonat aus vorrömischen Rechtsverhältnissen in den Provinzen

Als die Wurzel oder – vorsichtiger – eine der Wurzeln des Kolonats und des Inquilinats werden auch solche eine Bodenbindung enthaltenden Abhängigkeitsverhältnisse angesehen, denen ländliche Bevölkerungsgruppen in den Provinzen nach dem dortigen einheimischen Recht unterlagen. Diese autochthonen Rechtsverhältnisse haben hiernach die Römer bei der Begründung ihrer Herrschaft in den unterworfenen Gebieten bereits vorgefunden und als Teil des für die nunmehrigen Provinzbewohner geltenden Peregrinenrechts in aller Regel fortbestehen lassen. Unter den veränderten Verhältnissen der Spätzeit hat die Kaisergesetzgebung seit dem 4. Jh. dann bei der Ausformung des Rechts der *coloni*, *adscripticii*, *censiti*, *tributarii*, *inquilini* usw. an diese provinziellen Institute angeknüpft. Einen wichtigen Anstoß für die Entstehung dieser Auffassung einer peregrinen Wurzel des Kolonats bildete naturgemäß die im späten 19. Jh. einsetzende verstärkte Beschäftigung mit den nichtrömischen (griechischen, vorderasiatischen, ägyptischen usw.) antiken Rechten, die fortschreitend quellenmäßig erschlossen wurden. So sind nach ROSTOWZEW die Ursprünge des römischen Kolonats in den ausgedehnten Domänen der hellenistischen Herrscher Vorderasiens (Seleukidenreich) zu finden. Die Schollenpflicht der dort ansässigen Königsbauern (ἐαίβ ἀάόέέέέιβ) blieb nach der römischen Eroberung dieser Reiche, durch die deren gesamtes Territorium in das Eigentum des *populus Romanus* überging¹⁰² und die bisherigen Königsgüter römischer *ager publicus* wurden, bestehen und zwar auch dann, wenn der Staat die Güter, wie meist, an private *possessores* verpachtete. Dieses System haben die Römer dann auf andere Teile des Imperiums übertragen.¹⁰³ Die Ansicht vom orientalischen Ursprung des Kolonats teilte auch Paul M. MEYER, der die Einführung der Bodenbindung der Landbevölkerung durch die orientalischen Herrscher auf steuerliche Gründe zurückführte; da der einzelne Untertan nur jeweils in seiner Heimatgemeinde (βάβá) steuerpflichtig gewesen sei, sollte die Beseitigung der Freizügigkeit verhindern, dass sich jemand seiner Abgabepflicht durch Verlassen seiner βάβá entziehen konnte.¹⁰⁴ Als Quelle des Kolonats in Erwägung gezogen wurden auch Hörigkeitsverhältnisse in anderen Reichsteilen, so etwa die bei Cäsar¹⁰⁵ überlieferte Stellung der Hintersassen des Adels in Gallien.¹⁰⁶ Es liegt

¹⁰² Hierzu KLINGMÜLLER, Die Idee des Staatseigentums am römischen Provinzialboden, in: *Philologus* 69 (1910) 71 ff.

¹⁰³ ROSTOWZEW, Der Ursprung des Kolonats, in: *Klio* 1 (1901) 295 ff.

¹⁰⁴ P. M. MEYER, Zum Ursprung des Kolonats, in: *Klio* (1901) 424 ff.

¹⁰⁵ C. I. Caesaris *Commentarii belli Gallici* 6, 13: *In omni Gallia ... plebes paene servorum habetur loco ... Plerique cum aut aere alieno aut magnitudine tributorum aut iniuria potentiorum premuntur, sese in servitutem dicant. Nobilibus in hos eadem omnia sunt iura quae dominis in servos.*

dann die Annahme nahe, dass Kolonat und Inquilinat nicht aus einer einzigen provinziellen Wurzel entstanden sind, sondern dass die verschiedenen Abhängigkeitsverhältnisse in den einzelnen Teilen des Reiches bei der Entstehung der römischen Bodenbindung insgesamt eine Rolle gespielt haben.¹⁰⁷

Den Prozess der Überleitung dieser peregrinen Formen einer Grundhörigkeit in den römischen Kolonat hat vor einigen Jahren PANITSCHKEK mit eingehender Argumentation näher zu bestimmen versucht.¹⁰⁸ Das entscheidende Datum ist für ihn die Ausdehnung des römischen Bürgerrechts auf grundsätzlich alle freien Reichsbewohner durch die *Constitutio Antoniniana* des Kaisers Caracalla im Jahre 212. Für die dadurch zu römischen Bürgern gewordenen bisherigen Provinzialen und damit für die überwiegende Mehrheit der Reichsbewohner galt seit dem formell¹⁰⁹ das römische Recht, nicht mehr ihr bisheriges Provinzialrecht. Dies bedeutete rein rechtlich auch den Wegfall der eine Bodenbindung umfassenden Abhängigkeitsverhältnisse unter der Landbevölkerung der Provinzen. Da aber der Fortbestand dieser alteingeführten Institute schon aus wirtschaftlichen Gründen (Sicherung der Agrarproduktion und des Steueraufkommens) im vitalen Interesse des Reiches lag, schuf die Kaisergesetzgebung hierfür einen römischrechtlichen Ersatz in Gestalt des Kolonats.¹¹⁰ Den Umstand, dass diese Umwandlungsgesetzgebung nicht sogleich nach Erlass der *Constitutio Antoniniana* erging, sondern erst zu Beginn des 4. Jh.s einsetzte, also zwischen der Ausdehnung des Bürgerrechts und der Einführung des Kolonats ein Zeitraum von mehr als einem Jahrhundert verstrichen ist, erklärt PANITSCHKEK mit den chaotischen Verhältnissen in der Krisenzeit des 3. Jh.s (Soldatenkaiser), die eine grundlegende Reformgesetzgebung verhindert haben.¹¹¹ Die Uneinheitlichkeit und mangelnde Systematik der Kolonengesetzgebung ist seiner Ansicht nach auf die Heterogenität der umzuwandelnden peregrinen Abhängigkeitsformen in den einzelnen Teilen des Reiches zurückzuführen.¹¹²

Die Gegner dieser Annahme einer Entstehung des Kolonats aus vorrömischen Abhängigkeitsverhältnissen in den Provinzen weisen vor allem auf die große Verschiedenheit dieser Verhältnisse in den einzelnen Reichsteilen, besonders im Osten und im Westen des Imperiums hin. Über die

¹⁰⁶ So von GUIZOT, *Histoire de la civilisation en France* III, 1846, S. 387 (zitiert nach REVILLOUT RHD 3 [1857] 366).

¹⁰⁷ Erstmals findet sich die Ansicht von der Entwicklung des Kolonats aus provinziellen Vorläufern wohl bei RUDORFF, *Das Edict des Tiberius Julius Alexander*, in: RMPH 2 (1828) 179 f., der sie aber entsprechend der damaligen Quellenlage nur als „Vermuthung“ bezeichnet.

¹⁰⁸ PANITSCHKEK SZRom 107 (1990) 138 ff.

¹⁰⁹ Zur tatsächlichen Situation im Osten s. L. MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs*, Leipzig 1891 (ND Hildesheim 1963).

¹¹⁰ PANITSCHKEK SZRom 107, 140, 150 ff.

¹¹¹ PANITSCHKEK SZRom 107, 152.

¹¹² PANITSCHKEK SZRom 107, 153 f.

meisten Arten dieser peregrinen Halbfreiheiten sind wir zudem nur höchst mangelhaft unterrichtet, insbesondere ist oft zweifelhaft, ob sie in einer Bodenbindung oder in einer persönlichen Bindung der Abhängigen gegenüber ihrem Herrn bestanden haben. Es wird daher von diesen Stimmen als unwahrscheinlich angesehen, dass der römische Kolonat aus derartigen Vorformen sich habe entwickeln können.¹¹³ Besonders italienische Romanisten betonen in diesem Zusammenhang den ihrer Ansicht nach zu konstatierenden einheitlichen und geschlossenen Charakter des römischen Kolonats,¹¹⁴ an dem aber angesichts der teilweise ein wenig klares Bild bietenden Konstitutionen in den Kodizes Zweifel angebracht sind.¹¹⁵

Das Ergebnis der vorstehend dargelegten Diskussion hinsichtlich eines peregrinen Ursprungs des Kolonats kann dahingehend formuliert werden, dass sich die Frage nach der bestehenden Quellenlage weder eindeutig bejahen noch sicher verneinen lässt. Gegen die These spricht das Fehlen irgendwelcher Hinweise auf provinzialrechtliche Vorformen des Kolonats in der einschlägigen Kaisergesetzgebung. Regionale Unterschiede in dieser Gesetzgebung sind zwar erkennbar, insbesondere lassen sich Abweichungen in der Kolonatsregelung im östlichen und im westlichen Reichsteil feststellen. Diese Unterschiede dürften aber mehr in der zunehmenden Abweichung der wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse der beiden Reichsteile seit dem 4. Jh. zu erblicken sein, nicht hingegen in einer Verschiedenheit der Ursprungsformen. Andererseits ist aber ein völlig fehlender Einfluss vorrömischer Hörigkeitsverhältnisse auf die Kolonatsgesetzgebung schwer vorstellbar. Jedenfalls können solche Einflüsse nur als einer der Gründe für die Entstehung des Kolonats angesehen werden.¹¹⁶

Bei den Inquilinen des Markian in D. 30, 112 pr. könnte es sich, folgt man der These eines provinziellen Ursprungs des Inquilinats, nur um bodengebundene Landbewohner in einer Provinz nach dem dortigen Provinzialrecht gehandelt haben, denn die Überführung der Provinzialverhältnisse in das römische Kolonenrecht ist ja erst vom 4. Jh. an erfolgt, so dass bis dahin auch nach Erlass der *Constitutio Antoniniana* noch das provinziale Recht als eine Art Gewohnheitsrecht insoweit fortgegolten hat. Markian müsste dann diese provinziellen Hörigen im Wege einer *interpretatio Romana* als *inquilini* bezeichnet haben. So hielt es KÜBLER für die

¹¹³ Eingehend CLAUSING a.a.O. (o. Fn. 45) S. 66 ff.; HEISTERBERGK a.a.O. (o. Fn. 58) S. 23; auch DE MARTINO a.a.O. (o. Fn. 51) S. 187; BROCKMEYER *Historia* 20 (1971) 742.

¹¹⁴ Vgl. DE ROBERTIS a.a.O. (o. Fn. 63) S. 362: „... alla metà del V secolo il colonato presenta già ... una configurazione unitaria ...“; DE MARTINO a.a.O. (o. Fn. 51) S. 187: „... una propria autonoma storia (sc. des Kolonats) determinata dalle condizioni generali della società romana nel III – V secolo ...“; für das 6. Jh. auch CRACCO RUGGINI a.a.O. (o. Fn. 37) S. 202 f.: „... un' imagine più unitaria e omogenea ...“.

¹¹⁵ Vgl. PANITSCHKE SZRom 107, 148: „Von einem eindeutig umrissenen Kolonenbegriff kann nach Maßgabe der Rechtssammlungen nicht gesprochen werden.“

¹¹⁶ So auch GILIBERTI a.a.O. (o. Fn. 43) S. 13 Fn. 11: neben den Pachtverhältnissen auf den kaiserlichen Domänen und den militärischen Ansiedlungen.

wahrscheinlichste Deutung, dass sich Markian auf ein in griechischer Sprache abgefasstes und an einen Bewohner der östlichen Reichshälfte gerichtetes kaiserliches Rescript bezogen habe, in dem die betroffenen Provinzialen als *κᾱτοικοὶ* oder *πάπουκοὶ* bezeichnet hatte, was von dem Juristen mit *inquilini* wiedergegeben worden sei.¹¹⁷ Zugunsten dieser Annahme lassen sich anführen der – allerdings umstrittene – Zweck des markianischen Institutionenwerkes, der gerade darin bestanden haben soll, die soeben durch die *Constitutio Antoniniana* mit dem römischen Bürgerrecht ausgestatteten Bewohner der (östlichen) Provinzen mit dem neuen Recht vertraut zu machen,¹¹⁸ sowie der vermutete Zugang des Juristen zum kaiserlichen Archiv.¹¹⁹ Bei Richtigkeit dieser Annahme ergäbe sich eine befriedigende Deutung der Stelle. Die hierfür erforderlichen Voraussetzungen gründen sich aber doch auf Vermutungen.

c) Zur Frage des Ursprungs des gebundenen Inquilinats in der Ansiedelung von Barbaren

Die nunmehr zu behandelnde Auffassung leitet die Entstehung des Inquilinats aus einer zwangsweisen Ansiedelung vom römischen Heer im Kriege besiegtter und gefangen genommener Barbaren,¹²⁰ insbesondere Germanen, auf römischem Reichsboden her. Diese Ansicht blickt auf ein ehrwürdiges Alter zurück, denn sie ist, soweit ersichtlich, von GOTHOFRED erstmals formuliert worden.¹²¹ In neuerer Zeit ist ihr hauptsächlicher Vertreter Otto SEECK, der sie umfassend begründet hat.¹²² SEECK erblickt in den von Markian genannten *inquilini* die in den Kriegen des Kaisers Mark Aurel gegen die Markomannen (166 – 180) von den Römern gemachten Gefangenen, die der Kaiser auf römisches Gebiet überführt und dort angesiedelt hat. Diesem Beispiel sind dann später weitere Kaiser gefolgt. Die von Mark Aurel eingeführte Neuerung bestand nun darin, dass er diese Kriegsgefangenen, die nach antikem Kriegerrecht mit ihrer Gefangennahme Sklaven geworden waren, freigelassen und den römischen Grundbesitzern zur Bebauung ihrer *agri deserti* als Kleinpächter mit der Maßgabe überlassen hat, dass sie und ihre Nachkommen die ihnen eingeräumten Ackerstellen nicht verlassen durften. In der Folgezeit haben sich diesem Inquilinat auch freie Germanen unterworfen, die aus Landnot um Aufnahme auf römisches Gebiet nachzusuchen pflegten. Als

¹¹⁷ KÜBLER SZRom 22 (1901) 209.

¹¹⁸ So FERRINI a.a.O. (o. Fn. 9) S. 289 f.; zweifelnd KUNKEL a.a.O. (o. Fn. 9) S. 258 Fn. 548.

¹¹⁹ F. SCHULZ a.a.O. (o. Fn. 9) S. 208 f.

¹²⁰ Der Ausdruck „Barbaren“ wird hier natürlich nicht mit pejorativer Konnotation gebraucht, sondern – mangels eines anderen Terminus – zur wertfreien Bezeichnung der außerhalb des römischen Herrschaftsbereichs ansässigen Völker und Stämme.

¹²¹ GOTHOFREDUS a.a.O. (o. Fn. 66).

¹²² SEECK a.a.O. (o. Fn. 99) S. 404 f., 407 f., 591 f. sowie DERS., Art. „Colonatus“ in: RE IV 1 (1900) 494 ff.

Vorbild für die Schaffung dieses neuen Standes der Inquilinen habe den Römern die von Tacitus bezeugte Praxis der Germanen gedient, ihre Sklaven nicht in eigener Regie unter straffer Aufsicht in der Eigenwirtschaft des Herrn arbeiten zu lassen, sondern ihnen Landanteile zur eigenen Bewirtschaftung auszutun gegen Zahlung von (Natural-)Abgaben aus den Erträgen.¹²³ Die auf diese Weise verwendeten Sklaven identifiziert SEECK mit den in späteren germanischen Quellen bezeugten halbfreien Liten oder Laten. Diese germanischen Ausdrücke seien in der römischen Volksetymologie zu *laeti* geworden, wie in einigen Teilen des Reiches (Gallien) die anderswo *inquilini* genannten germanischen Ansiedler bezeichnet wurden. Den in diesem Sinne gebrauchten Ausdruck *inquilinus* hält SEECK für abgeleitet von *incola* als Bezeichnung für den Bewohner einer Gemeinde ohne Bürgerrecht.¹²⁴ Nach dieser Meinung waren also die Inquilinen keine landlosen Gutsarbeiter, sondern Pächter. Gleichwohl sind nach SEECK Inquilinat und Kolonat nicht identisch, sondern jener bildet eine Vorstufe zu diesem. Seit Anfang des 4. Jh.s haben die Kaiser (nach SEECK beginnend mit Mark Aurel) den Kolonat als Pachtverhältnis mit Bodenbindung für römische Reichsangehörige nach dem Vorbild des Inquilinats geschaffen und ausgestaltet.¹²⁵ – Die These der Entstehung des schollengebundenen Inquilinats aus der wiederholten Ansiedlung von Barbaren wird von zahlreichen Autoren geteilt, oft mit Abwandlungen besonders hinsichtlich der Terminologie.¹²⁶

Die These der Barbarenansiedlung ist als solche zur Erklärung von D. 30, 112 pr. sehr wohl geeignet. Auf ihrer Grundlage lassen sich sowohl die Unwirksamkeit der Legierung der Inquilinen ohne den Boden, auf dem sie angesetzt sind, erklären als auch die Anordnung einer *aestimatio* in dem kaiserlichen Reskript: Die Bodenbindung der angesiedelten Barbaren war im öffentlichen Interesse erfolgt, nämlich um die Bebauung der verlassenen Äcker zu gewährleisten, und sollte daher auch nicht durch den Grundbesitzer selbst wieder beseitigt werden können. Andererseits sollte dem Willen des Erblassers im Wege der *aestimatio* soweit wie möglich Rechnung getragen werden. Die entscheidende Frage ist aber, ob sich der Lehre vom Ursprung des Inquilinats in

¹²³ Tacitus, *de origine et situ Germanorum* cap. 25: *Ceterum servis non in nostrum morem, descriptis per familiam ministeriis utuntur: suam quisque sedem, suos penates regit. frumenti modum dominus aut pecoris aut vestis ut colono inungit, et servus hactenus paret.*

¹²⁴ SEECK a.a.O. (o. Fn. 99) S. 589; insoweit auch ROSAFIO Opus 3 (1984) 122 f.

¹²⁵ SEECK a.a.O. S. 585 f., 590 sowie RE IV 1 Sp. 497, 501.

¹²⁶ Vgl. (ohne Anspruch auf Vollständigkeit) ZUMPT RMPH 3 (1845) 40 ff., 50 f. im Anschluss an GOTHOFREDUS; MARQUARDT a.a.O. (o. Fn. 58) S. 240 ff. (Begründung schon durch Augustus); SERRIGNY a.a.O. (o. Fn. 72) Nr. 1140, 1141 (S. 398 ff.); HEITLAND, *Agricola*, Cambridge 1921, S. 360; SEIDL, *Römisches Privatrecht*, Köln usw. 1963, Rn. 449; BLEICKEN a.a.O. (o. Fn. 41) S. 81 f.; SAVIGNY hat sich dieser Auffassung in dem Nachtrag zu seiner Schrift angeschlossen (Vermischte Schriften II S. 61 ff.); zuneigend auch TH. MOMMSEN, *Decret des Commodus für den saltus Burunitanus*, in: *Hermes* 15 (1880) 411; für die Markian-Stelle auch JONES *Past & Present* 13 (1958) 12 Anm. 22.

Barbarenansiedlungen aus den Quellen mit der nötigen Sicherheit begründen lässt. Und in dieser Hinsicht werden zu Recht erhebliche Einwände vorgebracht. Ansiedlungen von Barbaren auf römischem Reichsgebiet sind zwar für die römische Kaiserzeit immer wieder bezeugt. Es existiert jedoch, worauf die Kritiker der Ansiedlungsthese zu Recht hinweisen, kein deutlicher Anhaltspunkt für eine Identität der in D. 30, 112 pr. und in der späteren Kaisergesetzgebung erwähnten Inquilinen mit den barbarischen Ansiedlern.¹²⁷ Die Gleichsetzung der *inquilini* mit den *laeti* ist in hohem Maße spekulativ. Nicht unbedingt stichhaltig ist hingegen der Einwand, bei einer Begründung des gebundenen Inquilinats schon durch Mark Aurel oder gar schon durch Augustus wäre dieses Institut in den klassischen Rechtsquellen eingehender behandelt worden.¹²⁸ Die Barbaren pflegten überwiegend in den Provinzen angesiedelt zu werden, so dass deren Rechtsverhältnisse für die hauptsächlich stadtrömische Rechtsfragen behandelnden Klassiker nur von peripherem Interesse waren. Es ist dann wohl kein Zufall, dass sich ausgerechnet Markian, dessen Institutionen nach wohl richtiger Ansicht der Unterweisung der Provinzialen gedient haben,¹²⁹ mit dieser Einrichtung befasst. Wenn der Jurist in D. 30, 112 pr. schlechthin von *inquilini* spricht, ohne klarzustellen, dass er hierunter keine städtischen Mieter versteht, so muss dies kein Bedenken erregen, da sich der Status dieser Inquilinen dem Kontext der Stelle entnehmen lässt. Schließlich entspricht die Ansiedlung bodengebundener Barbaren zur Förderung der Landwirtschaft ganz den schon im späten Prinzipat einsetzenden Bestrebungen der kaiserlichen Regierung. Die den gebundenen Inquilinat aus solchen Ansiedlungen herleitende Lehrmeinung kann deshalb nicht schlechtweg als unhaltbar abgetan werden. Es spricht viel für die Auffassung, dass die Barbarenansiedlungen zwar nicht den alleinigen, aber, etwa neben der Anknüpfung an vorrömische provinzielle Abhängigkeitsverhältnisse, doch einen (weiteren) Grund für die Herausbildung von Inquilinat und Kolonat gebildet haben.

5. Schlussbetrachtung

Das Ergebnis der Untersuchung von Marcianus D. 30, 112 pr. erscheint auf den ersten Blick als wenig ergiebig. Eine zweifelsfreie Erklärung der Stelle hat sich, wie auch kaum anders zu erwarten, nicht finden lassen. Die gegen sie vorgebrachten Interpolationsannahmen erscheinen jedoch als letztlich nicht

¹²⁷ So vor allem CLAUSING a.a.O. (o. Fn. 45) S. 194 ff. (gegen SEECK); ferner Kuhn a.a.O. (o. Fn. 72) S. 262; HEISTERBERGK a.a.O. (o. Fn. 58) S. 25 ff.; BOLKESTEIN a.a.O. (o. Fn. 15) S. 42 f.; DE MARTINO a.a.O. (o. Fn. 51), POLARA BIDR 72 (1969) 143 f. m. Fn. 11; CRACCO RUGGINI a.a.O. (o. Fn. 37) S. 210 Fn. 28).

¹²⁸ So aber BOLKESTEIN a.a.O. S. 41 f.

¹²⁹ Vgl. o. Fn. 118.

überzeugend. Von den unter der Voraussetzung der Echtheit gemachten Erklärungsversuchen sind m.E. nur die beiden für wahrscheinlich zu halten, die in den dort genannten *inquilini* noch nach Provinzialrecht lebende Landbewohner (s. o. zu D. II, 2 e) oder angesiedelte Barbaren (s. o. zu D. II, 3) erblicken. Wahrscheinlich haben beide Faktoren die Herausbildung des Inquilinats und des Kolonats bewirkt. Die Stelle kann daher doch als Beleg für das Vorhandensein eines gebundenen Inquilinats schon in der ersten Hälfte des 3. Jh.s angeführt werden.¹³⁰

HANS-GEORG KNOTHE

AZ INQUILINI RÖGHÖZ KÖTÉSÉNEK KÉRDÉSÉHEZ MARCIANUS D. 30,112 pr. ALAPJÁN

(Összefoglalás)

Jusztiniánusz Digesztájának 30. könyvében, amely a *de legatis et fideicommissis* című terjedelmes anyag első részét tartalmazza, található a késő-klasszikus Marcianus fent idézett fragmentuma. A *principium* értelmezése sok vitára adott okot a romanisztikai irodalomban. A tényállás szerint az örökhagyó legátumában *inquilinus*okat hagyományozott valakinek. Marcianus fogalmazása arra enged következtetni, hogy az örökhagyó tulajdonát képező telek és az azon élő bérlők között valamilyen tartós jogi kötelék állt fenn, amely azokat a telekhez köti. A hagyomány tárgyát a jogesetben az *inquilini*, és nem a telek képezi. A jogász elutasító állásfoglalása éppen azzal érvel, hogy a bérlők hagyományozása a telek nélkül érvénytelen (*inutile est*).

A tanulmány központi kérdése az *inquilini* jogállása. Milyen státusszal rendelkeztek, rabszolgák, félszabadok vagy szabadok voltak-e? Marcianus arra utal, hogy a telekkel együtt (*cum praediis*), amelyen élnek, átruházhatóak lettek volna. Ez komoly indíciium a félszabad állapotra, de nem illeszkedik a jogtörténeti forrásokhoz. Röghöz kötött bérlők több mint száz évvel később, a Kr. u. 4. századból származó császári rendeletekben bukkannak fel először. A klasszikus jog korszakában az *inquilinus* szabályos bérleti szerződés (*locatio conductio rei*) révén jut lakhatási joghoz, amelynek pusztán kötelmi jogi joghatásai vannak. A röghöz kötés ezzel sehogyan sem látszik összeegyeztethetőnek.

¹³⁰ Der Meinung von GOFFART a.a.O. (o. Fn. 37) S. 134 Nr. 5: „Bound coloni or inquilini cannot be uncovered in the second century on the basis of evidence as flimsy as this”. (sc. D. 30, 112 pr.) vermag ich deshalb nicht zu folgen.

A szerző elveti azt a tételt, hogy interpolációs gyanúsítás és szövegkorrekció révén jusson olcsó megoldáshoz. Ehelyett széles körű gazdaság- és társadalomtörténeti kitekintést kínál, ami ahhoz a következtetéshez vezet, hogy a szóban forgó *inquilini* valószínűleg a provinciai jog hatálya alá tartozó személyek vagy frissen letelepített barbárok lehettek. Ebből a specifikus szerződéskötési helyzetből eredhet az atipikus joghatás a személyi kötöttséggel.

MARÓTI EGON

Rationem putare – Rationem reddere

1. Az itáliai *villa rustica* rabszolgamunkára alapozott, zárt, árutermelő, nyereség biztosítását célzó gazdaság.¹ Utóbbi célkitűzést, alapelvet összegezi Cato tömör megfogalmazása:

patrem familias vendacem non emacem esse oportet (De agr. 3,7.)

A hasznosság szempontját jellemzi a birtoktípusoknak az a skálája, amellyel ugyancsak Cato a birtokvásárlásra vonatkozó tanácsait lezárja.²

Hasonló felfogást vall Varro is:

*fundum quod bene colendo... fructuosum facere velis... vagy: ... quo terra maximos continuo redditat fructus.*³

1.2. A kora-középkori gazdaság fontos típusa a zárt, önellátásra berendezkedett kolostori szervezet, amelyben a létfenntartás szükségleteit lényegében a szerzetesek munkája állítja elő. E típus korai leírását olvashatjuk Rufinusnak (345–410) *Historia monachorum* c. művében:

*... monasterium amplissimis spatiis circumsaepum muroque circumdatum... intrinsecus putei plures, hortus irrigui, ... et quaecumque necessaria usibus erant, sufficienter, imo et abundanter provisum...*⁴

Ezt a kolostor-típust igyekezett megszervezni Nursiai Benedek, a későbbi Szent Benedek (kb. 480–547.) előírás-rendszerével (*Regula*),⁵ amely szabályozta a

¹ Vö. MARÓTI E.: Az itáliai mezőgazdasági árutermelés kibontakozása. *Apollo Könyvtár* 13. Bp. 1981. 141–. és 748. jz. (alább MARÓTI 1981.) Lásd még uő. *Acta Ant. Hung.* 11 (1963) 215–.

² Uo. 1,7. – vö. MARÓTI 1981. 154–157.

³ *Rerum rusticarum libri* I 1,2. Lásd még pl. I 3. II 1,11. III 1,9. Vö. MARÓTI: Varro és a *Rerum rusticarum libri* III. In: *Varro a mezőgazdaságról*. Görög és latin írók 14. Bp. 1971. 39–. Vö. *Acta Ant. Hung.* 15 (1970) 105–.

⁴ Lásd in: MIGNE: *Patrologia Latina*, Tom. XXI, col. 439.

⁵ Az alapvető kritikai szövegkiadás R. HANSLIK munkája. Vindobonae 1960. – A *Regula* szövegét terjedelmes kommentárral lásd in: MIGNE, PL Tom. LXVI 215–932.. – Legújabb magyar kétnyelvű kiadását SÜVEGES DÁVID készítette el. Pannonhalma ²1992.

nyugati szerzetességet, és a későbbi kolostori rendszabályok mintája lett. Maga így ír erről, a kolostor-gazdaság szervezetéről:

Monasterium autem, si possit fieri, ita debet constitui, ut omnia necessaria, id est aqua, molendinum,⁶ hortus, vel artes diversas intra monasterium exercentur... (66, 6.)

2.1. A *villa rustica* mint gazdasági egység zárt rendszert alkotott. Ennek folyamatos, zavartalan működését a tulajdonos (*pater familias, dominus*) hozzáértő és megbízható felügyelő rabszolgának, a *villicus*nak irányításával igyekezett megoldani az annak adott szigorú utasítások, tilalmak révén. Utóbbira jellemző tétel a *vilicus ne sit ambulator* (= *vilicus* ne legyen tekerő, *De agr.* 5,2).⁷ A többi rabszolga esetében természetesen szó sem lehetett holmi jöves-menésről. Hasonló álláspontot látunk Saserna egyik töredékében.⁸ A későbbi agrár szakírók – ebben is – Cato felfogását követik. Így Varro:

... nequis iniussu vilici exiret, neque vilicus iniussu domini longius, quam ut eodem die rediret, neque crebrius, quam opus erit fundo (I 16,5).

Columella ugyancsak Catót követi:

*Vilicus enim, quod ait Cato, ambulator esse non debet, nec egredi terminos, nisi ut addiscat aliquam culturam.*⁹

(Hasonlóképpen rendelkezik a rabszolgaállományra vonatkozóan:

ne extra finea a se missum progredi sinat (sc. a vilicus), nec ipse mittat, nisi magna necessitate cogente (I 8,12).

Látnivaló tehát, hogy a római mezőgazdasági munkák szerzői egyaránt gazdasági szempontokat, a birtok érdekeit, azaz a gazda hasznát tartják szem előtt.

2.2. Hasonló tilalmakat fogalmaznak meg a szerzetesekre vonatkozó különböző kolostori szabályzatok Szent Benedek *Regulá*-ját követve, annak hatására, az engedelmesség szellemében. A hangsúly a gazdasági megfontolásokról azonban a barátok lelki üdvösségének megóvására tevődik át, a célzat távol

⁶ A vízimalom használata megkönnyítette a szerzetesek fizikai munkáját és biztosította a gabonának gyors megőrlését a közösség szükségletének ellátására. – A malom megfelelő vízmennyiséggel való folyamatos ellátását kedvezőtlen hegyi terepen is meg tudták oldani. Vö. *AntTan* 22 (1975) 70–72., illetve *Acta Ant. Hung.* 23 (1975) 269–270., 275–278., valamint *Jahrbuch für Wirtschaftsgeschichte* 1978/II 107–117.

⁷ A továbbiakhoz vö. MARÓTI: Columella kora-középkori utóéletéhez. In: *AAA Szeged*, 1979, Supplementum II 33–44. (alább MARÓTI 1979), illetve *Acta Ant. Hung.* 27 (1979) 437–447., valamint *JWG* 1901/IV 83–89.

⁸ Idézi VARRO: i. m. I 16,5. = F. SPERANZA: *Scriptorum Latinorum de re rustica reliquiae* I, Messina 1974, fg. 1. J. KOLENDO: *Traité d'agronomie des Saserna*. Wrocław 1973, fg. 5.

⁹ Lásd IUNIUS COLUMELLA: *De re rustica* I 8,7.

tartani őket a külvilág csábításaitól, megóvni ártó hatásaitól. – Ez látható már a Benedek *Regulá*-jából vett főttebbi félbehagyott mondat befejezéséből:

... *ut non sit necessitas monachis vagandi foras, quia omnino non expediat animabus eorum* (66,7., vö. 51. 67,7).

Az egyik legkorábbi hasonló intelm Ferreolus püspöknek († 581) az 538 táján alapított kolostora számára írt szabályzatában:

*vagari per loca monachum sicut non decet, ita non convenit: ne in quocumque vitio captus saeculi delectatione elabatur.*¹⁰

A fizikai munka végzésének kettős célja volt: egyfelől az aszkézis gyakorlása, másfelől a kolostori közösség létfenntartásának biztosítása: *tunc sunt vere monachi, si labore manuum suarum vivunt* – írja Benedek (*Reg.* 22,7).¹¹

Az eddigiekből is kiviláglik, hogy a kolostorok életét, tevékenységét is befolyásolták az antik előzmények, a szemléletváltástól függetlenül. Ennek a jelenségnek több oka is van. Ilyen mindenek előtt a gazdasági tevékenység folytonossága, a felgyülemlett tapasztalatok továbbélése, továbbadása. Bizonyos tárgyi kontinuitást mutatnak a régészeti feltárások is; ezek tanúsága szerint számos kora-középkori templom, kolostor a gót hódítások nyomán megromlódott, illetve lerombolt *villa*-gazdaságok épületegyütteseinek, romjain épült fel és élt tovább.¹² A gazdálkodás hatékonysága érdekében *nolens-volens* kézbe kellett venni az antik agrárszerzők munkáit, ezeket persze „keresztény szellemben” kellett tanulmányozni.¹³ Hogy ez a mezőgazdaság tárgykörében hogyan értendő? Minden esetre kevesebb kárt okozhattak a jámbor lelkekben, mint pl. a középkorban a korai időktől fogva a többi latin auctorhoz képest rekordmennyiségben másolt Ovidius.

3. Tudjuk, hogy a római gazda általában nem tartózkodott állandóan a birtokán; ebben közéleti és egyéb teendői is akadályozták, nem beszélve arról, hogy egy-egy vagyonosabb tulajdonos földjei Itália különböző részein, vidékein kisebb-nagyobb egységekre tagozódva terülhettek el.¹⁴ Ezeken a birtokokon a gazda a mezőgazdasági termelő munka irányítását egy-egy rabszolga (esetleg *libertinus* státusú) *vilicus* gondjára bízta. A gazdaság célszerű vezetése, a minél nagyobb haszon biztosítása érdekében a gazda időnként ellenőrző látogatást tett. Ennek során az egyik első teendője volt megtekinteni, hogyan áll a földek megművelé-

¹⁰ PL LXIII col. 869.

¹¹ A munka, a kolostori közösségért végzett munka fontosságához lásd J. HEERWEGEN: *Der heilige Benedikt*. Leipzig 41951, 20–.

¹² Lásd J. PERCIVAL: *The Roman Villa. A historical introduction*. Berkeley and Los Angeles 1976, 178–181. 189–. Vö. MARÓTI 1979, 27. és 38. jz.

¹³ Ahogy Cassiodorus írja *De institutione divinarum litterarum* c. 540 körül keletkezett művében, c. 29. Vö. *AniTan* 22 (1975) 70. illetve *Acta Ant. Hung.* 23 (1975) 275.

¹⁴ Ennek a jelenségnek történeti okaihoz, illetve a helyzettel összefüggő gazdasági megfontolásokhoz lásd MARÓTI 1981, 38–39.

se, milyen munkákat végeztek el, mennyi bor, gabona termett stb., s mindezekről elszámolni a *vilicus*-t: *ad rationem vilicum revoca* (Cato, *De agr.* 2,2). Gondoskodnia kellett róla, hogy vegyék számba (*rationem putare* 5,5) a különböző készleteket. Kíváncs volt, hogy a *vilicus* gyakran számoljon el urának (*rationem cum domino crebro putet* 5,3), legyen gondja rá, hogy teljesüljenek ura parancsai (*consideret quae dominus imperaverit fiant* 5,2).

Columella a *rationem putare* kifejezés helyett inkább a *rationem reddere* szókapcsolatot használja: lásd pl. II 22,1: ... *tam otii quam negotii rationem reddere maiores nostri censuerint*. A gyakori ellenőrzéssel kapcsolatban hasonló felfogást vall, hasonló megfogalmazásban, mint később a szerzetesi szabályzatokban, így a *vilica* szorgoskodásával kapcsolatban: *sic enim erit diligentior vilica, si meminerit, ibi esse* (ti. a szemmel tartásával megbízott *vilicus*) *cui rationem frequenter reddenda sit* (XII 1,4). – Használja még pl. a *rationem inferre* (számba, leltárba venni I 7,7), illetve a *rationes conficere* (számadást elkészíteni, I 8,4) kifejezéseket.

4. A *rationem putare*, *reddere* kifejezések az antik mezőgazdasági munkák szerzői szóhasználatában azt jelentik, hogy a *vilicus* számot ad, elszámol gazdájának (*domino*), elkészíti, rendezi számadását gazdasági irányító tevékenységről. – A kora-középkori keresztény szerzőknél, a szerzetesi szabályzatokban használt *rationem reddere* kifejezés fokozatosan a lelki élet szférájába tér át, s elsősorban a kolostor apátjának számadását jelenti, amellyel az Istennek tartozik a rábízott szerzetesek és hívek erkölcsös életének irányításáról, lelki üdvösségük ápolásáról, szolgálatáról!

Ezt a célkitűzést fogalmazta meg, ennek megvalósítását szorgalmazta Szent Benedek alapvető hatású *Regulá*-jában. Az apát kötelességeiről így ír:

semper cogitet quia animas suscepit regendas, de quibus rationem redditurus est (2,34., vö. 90.)

Majd (2,38):

*in die iudicii*¹⁵ *ipsum omnium animarum est redditurum Domino rationem.*

Vagy:

qui suscipit animas regendas paret se ad rationem reddendam (2,37).

Továbbá:

*Ordinatus autem abba cogitet semper, quale onus suscepit et cui (sc. Deo) redditurus est rationem vilicationis suae.*¹⁶

¹⁵ Az utolsó ítélet vissza-visszatérő gondolatához a *Regulá*-ban lásd B. STEIDLE: *Beiträge zum alten Mönchtum, und zur Benediktenregel*. Sigmaringen 1986.

Hasonló intelem:

cogitet tamen abbas se de omnibus suis iudiciis Deo reddere rationem
(65,22).

Találkozunk kifejezésünkkel kivételesen konkrét összefüggésben is: így a *Regula Monasterii Tarnetensis* szövegében:¹⁷

... si creditum cibo famulorum Dei negligit servare substantiam,¹⁸ laedit Deum, rationem redditurum.

A kontextusban kettős – gyakorlati és spirituális – értelemben fogható fel magában a *Regulá*-ban a *cellarius* teendőiről írott rész:

Infirmorum infantum, hospitum pauperumque cum omni sollicitudine curam geret, sciens sine dubio, quia his pro omnibus in die supplicii rationem redditurus est.¹⁹

Hasonló a vendégek illő fogadásáról írott rész: az előírt formaságok, ájtatosságok lebonyolítása után: *... post haec omnis eis exhibeatur humanitas* – azaz „emberség”, tehát emberhez méltó ellátás.²⁰

Szent Donatus veronai püspök *Regula ad virgines* című szabályzata az apátnő feladatáról hasonló fordulattal él, mint a Benedek-féle C. 1.:

Qualis debeat esse abbatissa, mater monasterii, quae praeesse digna fuerit congregationi, cogitet semper quale opus suscepit, et cui est redditura rationem vilicationis suae...²¹

Álljon itt még XII. Szent Benedek pápa *Constitutio*-jának egy részlete (c. 3.): *Abbates, priores, ... in capitulo generali rationes debent reddere.²²*

A római agrár szakírók műveinek jelentős hatása volt a kora-középkori keresztény irodalomra általában,²³ s mint láttuk, a szerzetesi kolostorok szabályza-

¹⁶ A *vilicatio* szó egyértelmű utalás a kifejezés eredeti területére; hasonlóan, mint Szent Donatus *Regulá*-jának alább idézett helye. Lásd még a 2,7. említett *paterfamilias* szavát!

¹⁷ A mai Lyon közelében fekvő kolostorról van szó, illetőleg az ott összegyűjtött élelem őrzésének elhanyagolásáról. PL LXVI c. 11.

¹⁸ A *substantia* szó magánál BENEDEKNél is szerepel ‘készlet, felszerelés, vagyon’ értelemben, lásd 2,35. 31,10, 32,1.

¹⁹ Hasonló bivalens megfogalmazás SENECÁNál, *de brev.* 18,3: *satius est vitae suae rationem quam frumenti publici nosse.*

²⁰ Vö. pl. HLUDOWICI I. *Capitularia: omnem humanitatem manducandi ac bibendi.* – Az *omnis humanitas* hasonló értelemben való előfordulásához császárkori feliratokon lásd *AntTan* 38 (1994) 177–179. illetve *ACD* 38–39 (2002–2003) 277–280.

²¹ Lásd pl. PL LXXXVII c. 1. Vö. Föntebb a 17. jz.

²² PL LXVI col. 405 (p. 559). – Vö.: *... tunc iubente priore surgat, unde interrogatus fuerit rationem humiliter reddat.* In: MGH LL II 1. p. 343. 170 *Capitulare monasticum*, 13.

²³ A haltenyésztés Cassiodorusnál c. dolgozatunkban Columellának az 6- és középkor határmezsgyéjén alkotó író, földbirtokos, kolostor- és könyvtáralapító Cassiodorusra gyakorolt irodalmi és gyakorlati gazdasági hatását vizsgáltuk; lásd *AntTan* 33 (1987–88) 202–204.

taira is. Ennek a kapcsolatnak jellemzéséül visszautalnék egy korábban megjelölt párhuzamra Columella, illetőleg a Sevillai Isidorus megfogalmazásában. Columella (I 8,2–3.) a gazdaságot irányító rabszolga *vilicus* kívánatos tulajdonságait, Isidorus (*Reg. c. 2.*) a kolostor életét irányító apáttal szembeni kívánalmakat fogalmazza meg – hasonló kifejezésekkel és egyező sorrendben;²⁴ az érvényesülő *interpretatio Christiana* ismerős. – Tehát:

Col. r.r. I 8,2-3:

eligendus est (ti, *vilicus*), *rusticis operibus ab infante duratus et inspectus experimentis*, si tamen is non erit, de iis praeficiatur, *qui servitutum laboriosam toleraverunt, / iamque is transcenderit aetatem primae iuventae nec dum senectutis adtigerit*, illa ne et auctoritatem detrahat ad imperium, quoniam *maiores dedignentur parere* adolescentulo ne laboriosissimo succumbat operi.

Isid. *Reg. 2,1*:

Abbas interea *eligendus est in institutione sanctae vitae duratus patientiae et humilitatis experimentis, qui etiam per exercitium vitam laboriosam tolerans, ac transcendens aetatem adolescentiae seu iuventutis † <nec dum> senectutem tetigerit; cui etiam maiores non dedignentur parere...*

EGON MARÓTI

RATIONEM PUTARE – RATIONEM REDDERE

(Zusammenfassung)

Die Organisation der Klöster im Früh-Mittelalter und die Vorschriften (*regulae*) waren mit der wirtschaftlichen Tätigkeit der römischen *villa rustica* und mit den Prinzipien, die die antike Agrarschriftsteller formulierten vielseitig verbunden. Den wirtschaftlichen Erwägungen wurde aber die Pflege der Seeligkeit der Mönche hervorgehebt. – Der Gutsverwalter Sklave (*vilicus*) war verpflichtet von seiner Wirtschaftsleitung seinem Herr (*dominus*) Rechnung geben; so der Abt, Leiter des Klosters war schuld von seiner geistlichen Leitung dem Gott (*Deo*) Rechenschaft geben. In diesen Zusammenhänge wurden die Ausdrücke *rationem putare*, *rationem reddere* gebraucht.

²⁴ Lásd MARÓTI 1979, 40–41. (A párhuzamok érzékeltetésére a megfelelő szavakat dőlttel hoztuk.)

OROSZ P. GÁBOR

Analóg esetek a jogos védelem köréből a Digestában és a magyar Legfelsőbb Bíróság ítélkezési gyakorlatában

Bevezető megjegyzések

A kapcsolódó római jogi kázusok tanulmányozása nyomán számomra kétséget kizáró bizonyítást nyert az a tény, hogy a jogos védelmi helyzet megállapíthatóságát illetően a római jogtudomány ugyanazon követelményeket fogalmazta meg, mint a modern büntetőjogi dogmatika.¹

A mai magyar és az ókori római szabályok összehasonlítása során korábban alkalmazott módszerem abban állt, hogy a római kazuisztikát a modern törvényi rendelkezésekkel és büntetőjog-tudományi tézisekkel vetettem össze. Egy kérdés azonban nem hagyott nyugodni:

Vajon ha elvonatkoztatunk a hatályos büntető törvénykönyvünk rendelkezéseitől, valamint a modern büntetőjogi dogmatika által csiszolt tételektől, és csupán az esetjogra koncentrálunk, bizonyítható-e a jogos védelmi helyzet mai megítélésének tisztán római jogi eredete?

A Digestában azt olvashatjuk, hogy

Vim vi repellere licere Cassius scribit, idque ius natura comparatur.
(D.43,16,1,27)

Gaius ugyanezzel kapcsolatban a következőket írja:

Itaque si servum tuum latronem insidantem mihi occidero, securus ero: nam adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere. (D.9,2,4 pr.)

¹ A jogellenességet kizáró okok, köztük a jogos védelem római jogi megítélésével kapcsolatban lásd MOLNÁR IMRE: A jogellenesség és vétkesség kérdése a római jogban in *Tanulmányok Benedek Ferenc tiszteletére*. Pécs 1996. 209. p., valamint BUCKLAND & McNAIR: *Roman and Common Law (A Comparison in Outline)*, Cambridge 1936. 302. p.

Gaius tehát úgy fogalmaz, hogy az életet fenyegető veszély esetén a józan ész alapján van mindenkinek joga arra, hogy magát megvédje.

Andreas Wacke *Defence and necessity in Aquilian Liability* című tanulmányában részletesen foglalkozik a *vim vi repellere* elv filozófiai hátterével.² Nem vitás, hogy a római jogtudomány ezt az elvet mind a *ius naturale*, mind pedig a *ius gentium* részének tekintette, vagyis arra az álláspontra helyezkedett, hogy az önvédelem joga az emberek természetes eszén alapszik.

A jogos védelem modern szabályozásának filozófiai háttere a fentiekől semmiben sem különbözik, hisz a jogos védelem ma is olyan pozíciót biztosít a védekező számára, amikor a jog által egyébként támasztott követelményeket figyelmen kívül hagyhatja.

A jogos védelem szabályozása nyilvánvalóan arra a tényre vezethető vissza, hogy az állam – vagyis az állampolgárok védelmét ellátó testületek tagjai – nem lehetnek jelen minden jogtalan támadásnál, így az ilyen esetek nagy többségénél részükről legfeljebb az utólagos beavatkozás lehetősége áll fenn. Erre tekintettel ruházza fel a jog az egyént, hogy az őt, más, javaikat, vagy a közérdeket ért támadást saját maga háríthassa el, gyakorlatilag teret engedve az önhatalmú jogérvényesítésnek. Természetesen ennek a kedvezményezett helyzetnek nagyon pontosan meg kell húzni a határait, aminek a modern büntetőkódexek eleget is tesznek.

Kérdés azonban, hogy amennyiben egy pillanatra elvonatkoztatunk a Btk. vonatkozó rendelkezéseitől, vajon a jogos védelemmel kapcsolatos Legfelsőbb Bírósági döntések *ratio decidendi*-je mennyire vág egybe a Digestában található esetek elvi mondanivalójával.

A fenti kérdésre való válaszkeresés során az alábbi, a jogos védelmi helyzet megállapíthatósága szempontjából szükséges – és a római jog által is megkövetelt – feltételek mentén igyekszem haladni,³ a kapcsolódó források bemutatásával:

1. jogos védelmi helyzet csak a jogellenesen támadó irányában állhat fenn,
2. a védekezés azonnalisága, és
3. szükségessége, ami magában foglalja az arányosság és a lehető legenyhébb elhárítási mód választásának követelményét.

² ANDREAS WACKE: *Defence and necessity in Aquilian Liability*. 1987, 20 *De Jure* 83 sqq.

³ REINHARD ZIMMERMANN: *The Law of Obligations*, Cape Town, Wetton, Johannesburg, 1990. 998–1004. pp.

1. Jogos védelmi helyzet a jogellenesen támadó irányában

A mai büntetőjog fontos elve, hogy jogos védelmi helyzet csak a támadó és a védekező között keletkezhet.⁴ Ártatlan harmadik személy sérelme esetén a római jog sem zárta ki a jogellenesség megállapítását, aminek kapcsán Paulus neve alatt a következőket olvashatjuk:

...sed si defendendi mei causa lapidem in adversarium misero, sed non eum, sed praetereuntem percussero tenebor lege Aquilia: illum enim solum qui vim infert ferire conceditur... (D.9,2,45,4)

A Lex Aquilia szerinti felelősség tehát fennáll akkor, ha a támadó helyett az én általam felé hajított kő egy ártatlan arra járóat talál el, mivel csak a támadó viszonylatában megengedett az erőszak alkalmazása. A harmadik személy vonatkozásában legalábbis gondatlanságról beszélhetünk és *iniuria* valósul meg, mivel ő szintén jogos pozícióban van.

A fenti helyzetre a magyar bíróságok nagy valószínűséggel a végszükség szabályait alkalmaznák, sajnos azonban ide vágó esetet a közzétett bírósági határozatokban nem találtam.

2. A védekezés azonnalisága

A jogos védelem megállapíthatóságának a mai joggyakorlatunk szerint további, időbeni korlátja, hogy az elhárításnak a támadáshoz képest azonnalinak kell lennie.

Ez a követelmény vitán felül megtalálható a római jogban, amint az a fentebb idézett Paulus-szöveg folytatásában egyértelműen megfogalmazásra kerül.

...et hoc, si tuendi dumtaxat, non etiam ulciscendi causa factum sit.

Azaz kizárólag az önvédelem érdekében fogadható el az erőszak alkalmazása, ezen túl már sokkal inkább bosszúról beszélhetünk, amit viszont a jog már akkoriban sem tolerált, tehát jogos védelmi helyzetre ilyen esetben nem alappal lehet hivatkozni. Napjaink ítélkezési gyakorlata ilyen esetekben általában a Btk. 167. §-ában meghatározott, erős felindulásban elkövetett emberölés bűncselekményét tartja megállapíthatónak.

A Legfelsőbb Bíróság az időbeli túllépés kapcsán több eseti döntést hozott, ráadásul szinte egybecseng Paulus szövegével a BH. 1999.97. számú jogesetben levont konklúzió, amely szerint:

A jogos védelmi helyzet nem állapítható meg, ha az elkövető a testi épségét sértő cselekmény befejezése után, annak megtorlásaként bosszúból

⁴ NAGY – TOKAJI: i. m. 149. p. A Btk. 29. §-hoz kapcsolódó bírói gyakorlatról lásd még: MAKAI Lajos és TARR József: *Vázlat a Büntető Törvénykönyv (1978. évi IV. törvény) általános részének a bírósági fogalmazóképzés keretében történő megbeszéléséhez*, Budapest 1997. 26. p.

bántalmazza a neki korábban sérelmet okozó személyt. Ha a jogtalan támadás már befejeződött, és ilyen támadásnak a reális veszélye sem áll fenn: a jogos védelem szóba sem kerülhet.

Szintén majdhogynem analóg Paulus véleményével a BH. 1993.654. szám alatt közzétett eseti döntés, amely alapján:

Nem állapítható meg a jogos védelem annak javára, aki a jogtalan támadást a sértett által használt eszköz elvételével elhárította, majd azzal úgy bántalmazta a támadással felhagyó sértettet, hogy annak halála következett be.

3. A védekezés szükségessége

A jogos védelem megállapításával kapcsolatos másik elengedhetetlen feltétel, hogy a jogtalan támadás elhárításának az adott körülmények között szükségesnek kell lennie. Ez jelenik meg Paulusnál a fentebb már idézett D.9,2,45,4 első mondatában, ahol azt írja, hogy akkor beszélhetünk csak jogos védelemről, ha

„cum aliter se tueri non possent.”

A Magyar Kúria K.5493/1888. B.H.T. III. 265. szám alatt foglalt állást a kérdésben, amikor 1888-ban kimondta, hogy:

Nem követeli meg a törvény, hogy a megtámadott megfutamodás, elrejtőzés, elzárkózás, vagy a rendőrség előhívása által iparkodott legyen megelőzni az ellene intézett megtámadást. A törvény a jogos védelem feltételül csupán azt követeli meg, hogy a megtámadás legyen jogtalan s hogy a védelmező cselekedet ne lépje túl a védelem szükségét.

A szükségesség a védekező személlyel szemben kettős követelményt támaszt. Egyrészt jelenti azt, hogy a védekezés általa választott módjának arányban kell állnia a támadás súlyával, másrészt, ha az adott szituációban több lehetséges mód kínálkozik a támadás elhárítására, ezek közül a lehető legenyhébbet kell választani, tehát azt, amelyik a legkisebb sérelemmel jár. Az arányosság vonatkozásában nem lehet általános érvényű zsinórmértéket felállítani, így a kérdés megítélése minden esetben csak a konkrét körülmények körütekintő értékelése alapján lehetséges.

Az arányossággal kapcsolatban az egyetlen általános érvényű elv – a római joghoz hasonlóan – ma abban áll, hogy ha valakinek az élete forog közvetlen veszélyben, akkor joga van megölnie a támadót.⁵

A magyar ítélkezési gyakorlatból erre vonatkozó példaként hozható a BH 1992.566., valamint a BH 2000.42 szám alatt közzétett eseti döntés, melyek szerint:

⁵ Lásd részletesebben a mai büntetőjog álláspontjáról NAGY – TOKAJI: i. m. 151. p.

Élet ellen irányuló jogtalan és közvetlen támadásnak löfegyver használatával történő elhárítása esetén az elhárító tevékenység arányosságának a vizsgálata nem merül fel.

Jogos védelem folytán nem büntethető a hivatásos vadász, aki az élete ellen intézett jogtalan támadást az orvvadász életének kioltásával hárítja el.

A reálisan bekalkulálható, maximálisan fenyegető veszély mértékének megítélése persze ilyenkor is csak az adott eset objektív körülményeinek rekonstruálásával képzelhető el (lásd BH 1995.685), ami azért legtöbbször a teljesen nyilvánvaló életveszély eseteit kivéve – enged bizonyos teret a mérlegelésnek.

Az arányosság kérdésének római jogi megítélésével kapcsolatban Ulpianus neve alatt a következő szöveget találtam a forrásokban:

Sed et si quemcumque alium ferro se petentem quis occiderit, non videbitur iniuria occidisse: et si metu quis mortis furem occiderit, non dubitabitur, quin lege Aquilia non teneatur, sin autem cum posset adprehendere, maluit occidere, magis est ut iniuria fecisse videatur: ergo et Cornelia tenebitur. (D.9,2,5,pr.)

Tehát, ha A önvédelemből megöli B-t, aki karddal (azaz az élet kioltására kétséget kizáróan alkalmas eszközzel) támad rá, nem beszélhetünk jogellenességről.

Ulpianus megállapítása szerint abban az esetben, amikor A annak ellenére, hogy a tolvajt könnyedén elfoghatta volna, mégis inkább megölte, iniuriáról kell beszélnünk, és nemcsak a Lex Aquilia, de a Lex Cornelia alapján is megállapítható a felelősség.

Úgy gondolom, nem erőltetett a párhuzam a Legfelsőbb Bíróság által BH. 1983.261. szám alatt közzétett jogesettel, amelyben a Bíróság nem állapított meg jogos védelmi helyzetet, midőn a vádlott a lopáson ért sértettet felszólította a távozásra, és miután a tolvaj a kezét kézfogásra nyújtotta felé, ennek ellenére a vádlott baltával fejbe verte. A bíróság döntése szerint:

Jogos védelem csupán abban az esetben állapítható meg, ha az életet vagy testi épséget közvetlenül fenyegető támadás fennáll, a támadó személy az erre alkalmas eszközt ténylegesen használja, következőképpen a támadás bekövetkezésétől objektíve tartani lehet. A tényállás szerint a sértett bal kezével a kezét előre nyújtva indult a vádlott felé. A vádlott a sértett kézfogásra irányuló mozdulatát félreértve csupán feltételezte, hogy kést vesz elő. Ilyen körülmények között a sértett magatartása jogtalan támadásra utaló közvetlen fenyegetésként nem értékelhető, a vádlott részéről szükségtelen volt tehát a balta használata.

Külön kiemelés igényel az ijedtségnek, illetve menthető felindulásnak a mai büntetőjog szerinti megítélése, amely előbbieket a szükségesség túllépése körében egyfajta privilegizált esetként kezeli.

Fenti Ulpianus-szövegünk első mondata szerint, *si metu quis mortis furem occiderit*, azaz halálfélelem által vezérelve öli meg a tolvajt, nem kétséges, hogy nem áll meg a felelőssége a Lex Aquilia alapján.

Hasonló eset nyomán mondta ki a magyar Legfelsőbb Bíróság (BH 1982.173), hogy

Jogos védelem címén felmentésnek van helye, ha a jogtalanul megtámadott ijedtsége olyan fokú volt, amely kizárta az elhárítás szükséges mértekének felismerését.

4. Záró gondolatok

Az előbbi esetek összehasonlítása nyomán számomra két következtetés tűnik levonhatónak:

1. A római jogtudósoknak a jogos védelemmel kapcsolatos álláspontja, és a jogintézmény cizelláltsága semmiben nem maradt el a modern büntetőjogi kodifikáció, dogmatika, és az ezeken alapuló jogalkalmazás színvonalától.

2. A korabeli és modern kazuisztika vizsgálata arra az eredményre vezet, hogy az egymással analóg tényállást tartalmazó jogesetekben a római jogtudósok és a magyar bíróságok egymáshoz nagyon közelálló, néhol szinte szó szerint egybeeső elvi döntéseket fogalmaztak meg. Ennek fényében talán megköszönhető az a konklúzió, miszerint a modern jogalkalmazás során a bíróságok ugyanúgy az örök és csálhatatlan *naturalis ratio* alapján közelítik meg a jogos védelem kérdéskörét, miként a római jogászok, az egyetlen különbség az, hogy a kodifikáció korában a jogalkalmazás zsinórmértékét a törvény határozza meg.

A jogeset-elemzés tovább erősítette bennem a római jog racionalitásának és zsenialitásának időtálló voltával kapcsolatos meggyőződést.

GÁBOR OROSZ P.

ANALOGOUS CASES OF LAWFUL SELF DEFENSE IN THE DIGEST AND IN THE JURISDICTION OF THE HUNGARIAN SUPREME COURT

(Summary)

The purpose of the present paper is to show that the *vim vi repellere* principle, which was handled by Roman jurists as part of *ius naturale* and *ius gentium* is the philosophical basis of contemporary jurisdiction in cases where the rules of lawful self-defense apply.

Sources clearly prove that ancient Roman lawyers *expressis verbis* defined the conditions under which a defending act could be considered as one carried out in lawful self defense, which conditions are:

1. Lawful self defense towards the unjust attacker
2. The imminence of the defending act
3. The necessity of the attack, including the requirement of proportionality and choosing the least harmful way of defense.

Roman lawyers also constructed the regulations for the cases of exceeding the necessary measures of defense because of fright or justifiable excitement.

The paper – as indicated in the title – compares contemporary decisions of the Supreme Court in Hungary on lawful self defense with cases from the Digest. The above comparison shows the – sometimes word by word – compliance in the *ratio decidendi* of these decisions.

PÉTER ORSOLYA MÁRTA

Scortum, lupa, meretrix

(A prostitúció a klasszikus római jog forrásaiban)

A prostitúció az antikvitásban, így a régi Róma világában is tagadhatatlanul létezett. Bár a kérdés megítélése szükségszerűen igencsak összetett, az alábbiakban röviden bemutatandó forrásaink magának a prostitúciónak, illetve az azzal kapcsolatosan észlelhető római kori problémáknak majdhogynem modern körét rajzolják elénk. Alapvetően helytállónak tűnik az az (elismerten általánosító) megállapítás, hogy a római társadalom vélhetőleg ugyanúgy viszonyulhatott a prostitúcióhoz, mint manapság, és mindezt a különböző normarendszerek is visszatükrözték – azaz a hivatalos morál elítélte a szolgáltatókat és általában toleráns volt a szolgáltatást igénybe vevőkkel szemben, a jog kifejezetten nem tiltotta a prostitúciót, bár (az alább bemutatandó szempontok szerint) igyekezett megakadályozni az azzal kapcsolatos bizonyos nemkívánatos szélsőségeket, a hétköznapi életben pedig a prostituáltak léte megszokott, a mindennapokhoz tartozó jelenségnek számított. Ezen túl a prostitúció ugyanúgy komplex iparág volt, mint korunkban, így az abban anyagilag érdekelt személyek körét korántsem korlátozhatjuk a közvetlen szolgáltatókra – a „lányok” általában nem önállóan, hanem sajátos gazdasági mikrokörnyezetben tevékenykedtek, amelyen belül a kerítők, kerítőnők, bordélytulajdonosok és más, a prostituáltak tevékenységéből profitáló személyek érdekei meghatározó szerephez jutottak. A modern korhoz képest szintén újabb párhuzamot kínál az a körülmény, hogy a „szexipar” szereplői ugyanúgy marginális szerepet töltöttek be a társadalomban, mint manapság; eltérésként mutatkozik viszont az a tény, hogy mindezt a jogi normák is visszatükrözték akkor, amikor a jogképességet korlátozó különböző tilalmakkal igyekeztek a prostitúciót, és általában a szórakoztatás egyéb alantas formáinak üzőit a „tisztességes” társadalom periferiáján tartani.

1. A prostitúció kétarcúsága

Az előbbieken körvonalazott párhuzamok ellenére mindazonáltal úgy tűnik, hogy a prostitúció megítélésében megmutatkozó attitűdöket a maihoz képest sok tekintetben szélsőséesebbé tette a római világ alapvetően patriarchális jellege. A hivatalos morális és jogi elvárások szerint a férfi/férj feladata mindig is a család védelme és fenntartása (a „római polgár” méltóságának és becsületének megőrzése) volt, a nő/feleség feladata pedig elsősorban abban állt, hogy a férfit a fentiek megvalósítása során támogassa, törvényes gyermekek világra hozatalával biztosítsa a családi „vérvonal” folytatódását, valamint szexuális és morális értelemben feltétlenül erényes, feddhetetlen és hűséges maradjon. A „Madonna”-szerepet betöltő nő értékeivel szemben a prostituált a másik végletet jelenti, akinek életmódja és minden cselekedete a fentiek szöges ellentétét alkotja. Nemhiába kiált fel megbotránkozva az egyik szereplő Terentius *Adelphi* című komédiájában (4.7.31.): „*Meretrix et materfamilias una in domo?*” – ugyanabban a házban egyszerre hogyan tartózkodhat egy örömlány és egy tisztességes családanya?¹

Az ilyen elvárások mellett a prostitúció, pontosabban a prostituált személyének megítélésében mutatkozó kétarcúság még szembetűnőbb, és ezt a kontrasztot számos irodalmi forráshely² is alátámasztja. Időrendben is első, szinte szimbólumértékű példaként kínálkozik Acca Larentia³ figurája, akit a klasszikus források Romulus és Remus nevelőanyjaként, prostituáltként és később egyfajta termékenység-istennőként mutatnak be. Livius,⁴ Aulus Gellius⁵ és mások azzal magyarázzák a városalapító ikreket szoptató nőstényfarkas legendáját, hogy Larentia valójában *lupa*, „nőstényfarkas”, azaz prostituált volt.⁶ Ilyen kezdetek

¹ Vö. D. 23.2.24. Modestinus *libro primo regularum*: „*In liberae mulieris consuetudine non concubinitas, sed nuptiae intellegendae sunt, si non corpore quaestum fecerit.*” – szabad jogállású nő esetén a tartós együttélést házasságnak és nem ágyasságnak kell tekinteni, kivéve, ha a nő prostitúcióval keresi a kenyerét. Az alábbiakban még bemutatandó egyéb források tanúságtétele szerint a klasszikus római jog a „tisztességes” házasság intézményétől általában igyekezett távol tartani a prostituáltakat.

² Az irodalmi utalások gazdag tárházát nyújtja V. VANOYEKE könyve: *La prostitution en Grèce et à Rome*. Paris, 1990.; mindazonáltal a szerző nem bocsátkozik az összegyűjtött források részletesebb elemzésébe.

³ Acca Larentia figurája az ókortudományok számos művelőjének figyelmét felkeltette; közülük a máig legfontosabb és legátfogóbb művet TH. MOMMSEN alkotta *Die echte und die falsche Acca Larentia* címmel (Berlin 1871). Ezen túl többek között elemzi még a kérdést A. MOMIGLIANO: *Quarto contributo alla storia degli classici e del mondo antico* (Roma 1969) 471–479. p., valamint G. RADKE: *Acca Larentia und die fratres Arvales. Ein Stück römisch-sabinischer Frühgeschichte* in: ANRW I.2 (1972) 421–441. p.

⁴ Liv. 1.4: „*Sunt qui Larentiam volgato corpore lupam inter pastores vocatam putent...*”

⁵ Gell. N.A.7.7.5: „*Sed Acca Larentia corpus in vulgus dabat pecuniamque emeruerat ex eo quaestu uberem.*”

⁶ Vö. Servius *ad Aen.* 3.647: „*lupae, id est meretrices, dictae ab obscenitatis et odoris similitudine.*” A *lupae* a későbbi forrásokban különösen alacsony rangú prostituáltként jelennek

után szinte nem is kétséges, hogy az idősebb Cato idejében (Kr.e. II. század eleje) a prostitúció Róma hétköznapijainak már szerves részét képezhette, vélhetőleg a fentiekkel azonos kettős megközelítésben. Horatius (*Sat.* 1.2.31-35.) idézi fel azt a történetet, mely szerint Cato megdicsért egy fiatalembert, akit éppen kilépni látott egy bordélyház ajtaján, mondván: erkölcsösen cselekedett, hiszen mikor rátörtek az alantas szenvedélyek, nem mások feleségét szennyezte be, hanem pontosan a megfelelő helyre jött kiélni vágyait.⁷ Cicero egyik szónoklatában (*Pro Cael.* 48.) ugyanígy érvel. Véleménye szerint, ha létezik bárki, aki úgy gondolja, hogy a fiataloknak meg kell tiltani a prostituáltakkal való szerelmeskedést, az túl szigorú, és az ilyen személy nem csak a jelenkor szabadságától tér el, hanem az ősök szokásaitól is. „Mert mikor létezett olyan, hogy a férfiak nem cselekedtek így? Mikor minősült mindez helytelennek, mikor nem engedték meg? Mikor volt tiltott az, ami most engedélyezett?”⁸ Érdekes módon ugyanakkor Cicero bírósági ellenfeleivel szemben gyakran használta azt a vádat, hogy erkölcstelen életmódot követtek, és ennek bizonyítására gyakran hivatkozott arra is, hogy az illető prostituáltak társaságát kereste, vagy maga is prostituáltként viselkedett.⁹

meg, akik alkalmanként temetőikben üzik mesterségüket (lásd Mart. 1.34.8.). A *lupa* ezen jelentésének filológiai elemzését nyújtja J. N. ADAMS: Words for 'Prostitute' in Latin című írásában, in: *Rheinisches Museum für Philologie* 126/3-4 (1983), 321–358. p.; lásd különösen 333. p.

⁷ „*Quidam notus homo cum exiret fornice, 'macte / virtute esto' inquit sententia dia Catonis, / 'nam simul ac venas inflavit taetra libido, / huc iuvenes aequom est descendere, non alienas / permolere uxores.'*” Érdekes módon szinte szó szerint bukkan fel ugyanez az érv a Kr. u. I. század végén tevékenykedő mesterszónoknak, Quintilianusnak tulajdonított szónoklatok körében (*Declamationes Maiores* 14.) is. A kérdéses szónoklat témája meglehetősen sajátos: a felperes szegény *adulescens* azzal vádol egy prostituáltat, hogy olyan italt adott neki, melynek hatásaképpen megszűnt az iránta érzett vonzalma, tehát a nő tulajdonképpen megmérgezte őt. A férfi számos érve között szerepel az is, hogy a prostituáltak látogatásával nem teszi tönkre senki házasságát, szerelmi vágyát nem tiltott módon éli ki, mert „...úgy hiszem, azért találták ki az örömlányokat, hogy a szegény emberek is szerelmeskedhessenek valakivel.” (*Decl. Maior* 14.8.: „...non ego alicuius matrimonii corruptor invigilo, nec efferas cupiditates per illicitos duco complexus. inventas credo meretrices, ut esset aliquid, quod liceret amare pauperibus.”)

⁸ „*Verum si quis est qui etiam meretriciis amoribus interdictum iuventuti putet, est ille quidem valde severus -- negare non possum -- sed abhorret non modo ab huius saeculi licentia verum etiam a maiorum consuetudine atque concessis. quando enim hoc non factitatum est, quando reprehensum, quando non permisum, quando denique fuit ut quod licet non liceret?*”

⁹ Többek között Antonius ellen intézett második *Philippicájában* (*Phil.* 2.105.) Cicero vádként szerepelteti azt, hogy ellenfele olyan összejöveteleket rendezett, ahol a padlón folyt a bor és még a falak is nedvesek voltak tőle, a nemes születésű fiúk (*ingenui pueri*) férfitprostituáltakkal (*meritores*), az alantas örömlányok (*scorta*) pedig tisztas családanyakkal (*matres familias*) keveredtek. Már említett, Caelius érdekében mondott beszédében Cicero legnagyobb politikai ellensége (Clodius) nővéréről, a hírhedt Clodiáról állította azt, hogy szabadosan, prostituált módjára él (*Pro Cael.* 16.38.: „...libidinosa meretricio more viveret...”). Ez utóbbi fordulatot Quintilianus szónoklatában példaként is idézi (*Inst. Or.* 8.4.2.).

2. Ki a prostituált?

A rendelkezésünkre álló irodalmi források számos különböző szóval, kifejezéssel¹⁰ írják le a prostituáltakat, melyek skálája a vulgáristól az eufemisztikusig terjed. Gyakori, de pejoratív és durva elnevezés a *scortum*, mely szó szerint „bőr”-t jelent; egyrészt vélhetőleg a bőr mint anyag jellege miatt, másrészt annak a hasonlóságnak köszönhetően, ami a nyersbőrök kikészítése és a nemi aktus között mutatkozhatott¹¹ Plautus komédiáiban a szó már gyakorta előfordul¹², de más, emelkedettebb műfajban dolgozó szerzők, mint például Cicero¹³ is használják ugyanezt az elnevezést – ez utóbbi *auctor*, érdekes módon, finemű bírósági ellenfelei jellemzésére is használja a nem éppen hízelgő kifejezést.

A későbbiekben bemutatandó jogi források, de irodalmi szöveghelyek is gyakran *meretrix*-ként¹⁴ határozzák meg a prostituáltként dolgozó nőt, ami azért figyelemre méltó elnevezés, mert a *meretrix* szó szerint olyan nőt jelent, aki pénzt keres, akit megfizetnek.¹⁵ E kifejezés szinonímjaként bukkan fel for-

¹⁰ A kérdés legátfogóbb, filológiai elemzését J. N. ADAMS fentiekben idézett frásában találhatjuk, melyben a szerző a „prostituált” több mint 50-féle szinonímáját elemzi, és véleménye szerint nem biztos, hogy csak ezek léteztek, hiszen több szót, kifejezést az idők folyamán el is felejtettek. Az elnevezések ilyen gazdagságát három fő indokkal magyarázza: a prostituáltakkal kapcsolatosan a régi Rómában is számos eufemisztikus kifejezést használtak; ezen túl a prostituáltak köre önmagában sem volt egységes (hiszen társadalmi állásuktól, a használt „reklámok” módszereitől, a kínált szolgáltatásoktól függően más és más elnevezésű kategóriákba tartozhattak); továbbá a használt elnevezés megválasztása függhetett magától a beszélőtől is, hiszen a prostitúció jelensége már az ókorban is más-más hatást váltott ki az emberekből, így vélhetőleg egy felháborodott moralista vagy egy kerítő egymástól teljesen eltérő szóhasználattal élhetett (vö. ADAMS: i. m. 321. p.).

¹¹ Lásd Varro *De Lingua Latina* 7.84: „*Scortari est saepius meretriculam ducere, quae dicta a pelle: id enim non solum antiqui dicebant scortum, sed etiam nunc dicimus scortea ea quae e corio ac pellibus sunt facta; in aliquot sacris ac sacellis scriptum habemus.*” A fentiekkel kapcsolatos durva, lefordíthatatlan szóviccet örökít meg Macrobius (*Sat.* 2.2.6.) is.

¹² Lásd például Curc. 473.: „*Ibidem erunt scorta exoleta quique stipulari solent...*”, Poen. 17.: „*Scortum exoletum ne quis in proescaenio / sedeat...*”

¹³ Lásd például *De domo sua* 49. (gyűlölt ellenfele, Clodius kapcsán): „... *itaque cum tu florens ac potens per medium forum scortum populare volitares...*”; *Phil.* 2.44. (Antoniusról): „*Sumpisti virilem, quam statim muliebrem togam reddidisti. Primo volgare scortum; certa flagiti merces nec ea parva...*”. Ez utóbbi kirohanás különösen figyelemre méltó, hiszen Cicero azt állítja, hogy a férfiúi tógát felöltő fiatalember e ruhadarabot hamarosan prostituált módjára kezdte hordani, és közönséges utcalányként viselkedett, aki gyalázatos szolgáltatásaiért ugyancsak magas árat szabott.

¹⁴ Bővebben lásd K. SCHNEIDER szócikkét („*Meretrix*”) in RE XV(1), München, 1931, 1018–1027.

¹⁵ Ahogyan Cicero szónoki szidalmi (vö. *Phil.* 2.105.), úgy Aulus Gellius feljegyzései is tanúskodnak arról (*N.A.* 2.18.3.), hogy a prostitúció nem korlátozódott csak nőkre: az említett szöveghelyen Gellius a platóni dialógusokból ismert, rabszolga jogállású Phaedo ifjúkorát eleveníti fel, és megjegyzi, hogy „... *a lenone domino puer ad merendum coactus*”, a rabszolgagyermeket ura kerítőként prostitúcióra kényszerítette.

rásainkban a *quaestuarium* is.¹⁶ A szintén gyakorta használatos *prostibulum*¹⁷ és *prosesta* szavak arra a helyzetre utalnak, hogy a nők némelyike a bordélyházi fülke vagy esetleg a kocsmában, fogadó előtt ülve várta az ügyfeleket. Az eufemisztikus kifejezések körében találhatjuk a szintén árulkodó *famosa* (= híres/hírhedt, ismert nő) szót is – nyilvánvalóan egy nő hírét elsősorban szexuális gátlástalanságának köszönhetette,¹⁸ ami éles ellentétben állott a tisztességes római nőktől elvárt ideális magatartással.

Irodalmi forrásaink szemmel láthatólag rendkívül gazdagok a prostitúcióra vonatkozó hivatkozásokban, így a jog területén is megalapozottan várhatnánk valamiféle átfogó szabályrendszert a problémára vonatkozóan. Mégis a régi Rómában a prostitúcióra vonatkozó önálló törvényt nem találkozhattunk. A rendelkezésre álló jogi források, hivatkozások szétszórta, számos köz- és magánjogi kérdés kapcsán bukkannak fel; e tekintetben kiemelkedő fontosságú az Augustus-féle házassági törvényhozás. A prostitúcióval, pontosabban a prostituált és a kerítő kilétével összefüggő legtöbb problémát a jogászok a *lex Iulia de maritandis ordinibus*, valamint a *lex Iulia de adulteriis* kapcsán¹⁹ vetik fel, hiszen e törvények megfelelő alkalmazása szempontjából elengedhetetlenül fontos volt tudni, hogy vajon ki tartozhat hatályuk alá, azaz a jog szemében ki minősülhetett *meretrix*-nek illetve *lenonak*, elsősorban a *lex Iulia de maritandis ordinibus* keretei között meghatározott házassági tilalmak,²⁰ valamint az erkölcsellen nőkre később kirótt öröklési korlátozások²¹ szempontjából.

¹⁶ Lásd többek között az alábbiakban még említendő Digesta-fragmentumokat: D.23.2.43.7. Ulpianus *libro primo ad legem Iuliam et Papiam*: „*Lenas autem eas dicimus, quae mulieres quaestuaris prostituunt.*”; D.23.2.43.9.: „*Si qua cauponam exercens in ea corpora quaestuarium habeat...*”. Vö. Seneca *De beneficiis* 6.32.1.

¹⁷ Lásd pl. Plautus *Aulul.* 285: „*Bellum et pudicum vero prostibulum populi.*”; Cist. 330: „*Intro abeo, / nam meretricem astare in via solam prostibuli sanest.*”

¹⁸ Lásd pl. a Cicero (*De orat.* 2.277.) által feljegyzett anekdotát Opimiusról és Egiliusról. Találkozásukkor az előbbi azzal a kérdéssel bosszantotta az utóbbit, hogy „Egilia” vajon mikor látogatja meg rokkájával és a fonni való gyapjújával. Egilius válasza szerint soha, mert anyja megtiltotta, hogy rossz hírű nőket látogasson meg („...cum Q. Opimius consularis, qui adolescentulus male audisset, festivo homini Egilio, qui videretur mollior nec esset, dixisset „quid tu, Egilia mea? quando ad me venis cum tua colu et lana?” „Non pol” inquit „audeo, nam me ad famosas vetuit mater accedere.”). Ugyanezzel a szóhasználatnál emlékezik meg Suetonius Tiberius császár azon – alábbiakban még tárgyalandó – intézkedéséről, mellyel megtiltotta, hogy bizonyos rosszleltű, előkelő származású nők azzal kerüljék meg a *lex Iulia de adulteriis* szabályait, hogy prostituáltként nyilvántartásba vetetik magukat (Suet. *Tib.* 35.2: „*Feminae famosae, ut ad evitandas legum poenas iure ac dignitate matronali exoluerentur, lenocinium profiteri coeperant...*”)

¹⁹ A kérdésről részletesen lásd G. RIZZELLI: *Lex Iulia de adulteriis. Studi sulla disciplina di adulterium, lenocinium, stuprum*. Bari, 1997.

²⁰ A tilalmak összefoglalásaképpen lásd a későbbiekben még bemutatandó *Tituli ex corpore Ulpiani* 13.1-2. szöveghelyeket.

²¹ Az *incapacitas* egyik esete – a kérdésről bővebben lásd E. NARDI: *La incapacitas delle feminae probrosae*, in: *Studi Sassaresi* 17 (1938), 151–178. p.

Míg azonban a szépirodalomban használatos szavak értékskálája a vulgáris-tól az eufemisztikusig terjed, a jogi források két jellegzetes kifejezéssel írják le a prostitúció lényegét: *palam quaestum facere* (szó szerint valaki „nyilvánosan keresi a megélhetését”), valamint *corpore quaestum facere* (valaki „testével keresi a megélhetését”).²² Mindkét körülírás figyelemre méltó, hiszen nem szerepel bennük nyílt hivatkozás a szexuális szolgáltatásokra: úgy tűnik, hogy a jogászok inkább a nyilvánosságra, illetve az ember saját testének bármiféle áruba bocsátására helyezték a hangsúlyt. A pénzkereset ilyen módjának megvetett mivoltára enged következtetni az is, hogy a jogi normák gyakran egy kategóriába sorolják a prostituáltakat azokkal, akik szintén „testükkel”, de a szórakoztatóipar más ágaiban (általában gladiátorként, színészként) próbálkoznak pénzkeresettel.²³

A „ki minősül prostituáltnak?” kérdés jogi szempontból történő pontosabb megválaszolása során²⁴ a D.23.2.43. szöveghelyét kell kiindulópontnak tekintenünk, mely Ulpianusnak a *lex Iulia et Papiá*hoz írott kommentárszövegét (Ulpianus *libro primo ad legem Iuliam et Papiam*) tartalmazza.

A D.23.2.43.pr. a fentiekben már említett *palam quaestum facere* kifejezést igyekszik jogi tartalommal megtölteni:

„*Palam quaestum facere dicemus non tantum eam, quae in lupanario se prostituit, verum etiam si qua (ut adsolet) in taberna cauponia vel qua alia pudori suo non parcit.*”

²² A probléma kapcsán lásd T.A.J. MCGINN művét (*Prostitution, Sexuality and the Law in Ancient Rome*, Oxford, 1998), különösen a 123–139. oldalakat.

²³ Vö. pl. D.22.5.3.5. Callistratus *libro quarto de cognitionibus*: „*Lege Iulia de vi cavetur, ne hac lege in reum testimonium dicere liceret ... quive ad bestias ut depugnaret se locaverit, quaeve palam quaestum faciet feceritve, quive ob testimonium dicendum vel non dicendum pecuniam accepisse iudicatus vel convictus erit. nam quidam propter reverentiam personarum, quidam propter lubricum consilii sui, alii vero propter notam et infamiam vitae suae admittendi non sunt ad testimonii fidem.*” A *lex Iulia de vi* értelmében számos ember nem tanúskodhatott alperesi oldalon, így többek között az a férfi, aki cirkuszi játékokon, állatviadorként szerepelt, vagy az a nő, aki akár a múltban, akár jelenleg prostituáltként kereste a megélhetését – tipikusan olyan személyek tehát, akiket a római jog „*propter notam et infamiam vitae*”, életmódjuk hírhedtsége és gyalázatosága miatt nem engedett a tanúzás „becsületbeli aktusában” részesülni. Ugyanígy a D.23.2.47. (Paulus *libro secundo ad legem Iuliam et Papiam*) szöveghelye szerint „*Senatoris filia, quae corpore quaestum vel artem ludicram fecerit aut iudicio publico damnata fuerit, impune libertino nubit: nec enim honos ei servatur, quae se in tantum foedus deduxit.*” – az a szenátoris rangú nő, aki prostituálttá vált, színészmesterségre adta a fejét vagy közbűncselekményért elítélték, szabadon házasodhatott *libertinusszal*, hiszen „aki ilyen szégyentelenségbe taszította magát, annak nem kell tekintettel lennie a becsületre”.

²⁴ A kérdés vizsgálatát terjedelmi okokból a továbbiakban a szabad jogállású személyek körére kell korlátoznunk, ami elismerten kényszermegoldás, hiszen az antik Róma világának szerves részét képezték a rabszolgák, akik természetesen a prostitúció részeseivé is váltak – akár az olcsó bordélyok ügyfeleiként, akár prostitúcióra kényszerített rabszolgánoként. Ez utóbbi, tagadhatatlanul jelentős problémakör bemutatásától el kell tekintenünk.

Nem csak arról a nőről mondjuk, hogy nyíltan, testével keresi a megélhetését, aki bordélyházban prostituálja magát, hanem arról is, aki (ahogyan ez szokásos) kocsmában vagy fogadóban teszi mindezt, vagy aki tisztességét nem óvja. A „nyíltan” történő prostituálódás e szöveghely szerint a nyilvános helyen történő fellépést takarná; ha azonban így értelmeznénk a *palam* szó jelentését, a körből eleve ki kellene rekesztenünk a titkosan vagy diszkréten működő prostituáltakat, aminek az lenne a logikus következménye, hogy a *lex Iulia et Papia* rendelkezései rájuk nem vonatkoznának. Természetesen a jogalkotó szándéka nem ez lehetett; és valóban, a D.23.2.43.1 tovább pontosítja az előbbi megállapítást:

„*Palam autem sic accipimus passim, hoc est sine dilectu: non si qua adulteris vel stupratoribus se committit, sed quae vicem prostitutae sustinet*”

– a „nyíltan”-t úgy is értjük, hogy „mindenütt”, azaz minden megkülönböztetés nélkül; tehát nem akkor, ha egy nő házasságtörő férfinak vagy *stuprumot* elkövetőknek adja oda magát, hanem aki a prostituált szerepét játssza, prostituáltként viselkedik.²⁵

A fenti meghatározás azonban magában hordozza a logikailag soron következő kérdést is: ki cselekszik úgy, mint egy prostituált? Úgy tűnik, hogy a jogász számára a válasz alapvetően morális jellegű: prostituáltként az viselkedik, aki több emberrel, megkülönböztetés nélkül, tartós életformaként létesít szexuális kapcsolatot.²⁶ A D.23.2.43.2. szöveghelyén ugyanis Ulpianus mérlegeli, hogy a *palam quaestum facere* meghatározás két eleme közül vajon a minden megkülönböztetés nélküli, életmódként üzött promiszkuitás, vagy a szexuális szolgáltatásokért átvett ellenérték-e a meghatározó:

²⁵ A *palam* fenti morális jelentéstartalmát támasztja alá többek között a Valerius Maximustól származó azon szöveghely (6.1.10.), melyben a szerző következőképpen írja le egy fiatalember immoralitásnak tartott magatartását: „...*quod adulescens ille palam atque aperte corpore quaestum facitasset*...” A *palam* és az *aperte* így nem a szinonímák egyszerű halmozása, hanem az *adulescens* promiszkuis magatartásának két vetületét hangsúlyozza: a fiú minden megkülönböztetés nélkül, nyíltan „szerzett hasznot a testével”.

²⁶ A megkülönböztetés nélkül létesített kapcsolatok korántsem mindig a nő szabad elhatározásán múlottak – R. FLEMMING hívja fel a figyelmet „*Quae Corpore Quaestum Facit: The Sexual Economy of Female Prostitution in the Roman Empire*” című írásának (in: JRS 89 (1999), 38-61.old.) 64. oldalán arra, hogy az egyetlen prostituált, akiről feljegyezték, hogy sikerrel utasított vissza egy fizetővendéget, egy bizonyos Manilia volt. Aulus Gellius (N.A. 4.14.) elmondása szerint Manilia kövekkel üzött el egy részeg *aedilis*t, Hostilius Mancinust, aki éjjel dörömbölve követelt hozzá bebocsátást. A megbesztett *aedilis* büntetőeljárást kezdeményezett, Manilia a néptribunokhoz fordult védelemért, akik azért nyilvánították jogtalannak Hostilius igényét, mert *aedilisként* és nem közönséges ügyfélként okozott botrányt. Quintilianus már idézett szónoklatában (*Decl. Maior* 14.7.) a felperes szájába a következő szavakat adja az alperes prostituálttal szemben: „*Tu, cui non licet excludere debilitates, fastidire sordes, exposita ebrietatibus, addicta petulantiae, [et] quaeque novissima vilitas est, noctibus populoque concessa, mores iuventutis emendas?*” – hogyan oktathatná ki erkölcsstanból a fiatalokat egy olyan nő, aki nem tagadhatja meg a belépést a nyomorékoktól, a süketektől, a részegektől és az éjszakai hóbörgöktől?

„*Item quod cum uno et altero pecunia accepta commiscuit, non videtur palam corpore quaestum facere*”

– a jogász úgy véli, hogy ha egy nő, azt követően, hogy pénzt fogadott el, egy vagy két férfival összeadja magát, nem tekinthető úgy, hogy nyilvánosan testével keresi a megélhetését. A pénzért történő szexuális szolgáltatás tehát akkor minősül „prostituáltként való viselkedés”-nek, ha azt az illető nő életformaként űzi.²⁷ Az alkalmi kapcsolatok, még ha a nő ellenértéket is kap ezekért, nem definiálják őt *meretríx*ként.

Ezek szerint a *quaestum facere*, a megélhetés keresése, a pénzfizetés mégsem képezi a prostitúció domináns elemét? Úgy tűnik, hogy a remekjogászt gondolatmenetének logikus végigvitele önellentmondásba keveri. A D.23.2.43.3. szöveghelyén ugyanis Ulpianus a jó egy évszázaddal korábban működött jogtudós, Octavenus véleményét idézi:

„*Octavenus tamen rectissime ait etiam eam, quae sine quaestu palam se prostituerit, debuisse his connumerari*”

Octavenus igen helyesen azt mondja, hogy azt a nőt is prostituálnak kell minősíteni, aki pénzkereset nélkül űzi a fentiekben meghatározott tevékenységet. E logikai ellentétet úgy küszöbölhetjük ki, ha feltételezzük, hogy a fenti döntés azért kerülhetett be Ulpianus kommentárszövegébe, mert az eset megítélése kivételes, problematikus lehetett pontosan azért, mert valószínűleg a legtöbb prostituált pénzért nyújtotta szolgáltatásait.²⁸

²⁷ A fentieknek megfelelő érdekes különbségtételt találhatunk néhány irodalmi forrásunkban is. A *Pro Caelio* már idézett szöveghelyén (*Pro Cael.* 16.38. Cicero azzal vádolja Clodiát, hogy „*meretricio more*”, prostituált módjára él, azaz bár erkölcstelen, de mégsem prostituált, hiszen válogat a kínálkozó férfiak között. Az ifjabb Seneca ugyanezt a megkülönböztetést alkalmazza, amikor Augustus leányáról, Juliáról azt írja (*De beneficiis* 6.32.1.), hogy házasságtörőből akkor vált prostituálttá („*...ex adultera in quaestuariam versa...*”), mikor már nem válogatta meg alkalmi partnereit. A kérdésről bővebben lásd FLEMMING: i. m. 52. p.

²⁸ Közismert tény, hogy elsősorban az előkelő rómaiak viszont megvetették a pénzért történő munkavégzést, ha azt szabad ember gyakorolta. Legyen elegendő idéznünk Cicero híres véleményét a fizikai munkáról (*De off.* 1.150.): „*Inliberales autem et sordidi quaestus mercenariorum omnium, quorum operae – non, quorum artes! – emuntur: est enim in illis ipsa merces auctoramentum servitutis*” – a szabadság ellen irányuló és piszkosan szerzett mindazoknak a bére, akik pénzért dolgoznak, akiknek munkáját és nem művészetét vásárolják meg, mert az ilyen esetekben maguk a bérek szülik a szolgaságot. Szinte szóról szóra ismétli meg a fenti véleményt az ifjabb Seneca (*Ep.* 88.1.): „*...nullum suspicio, nullum in bonis numero quod ad aes exit. Meritoria artificia sunt, hactenus utilia si praeparant ingenium, non detinent. Tamdiu enim istis inmorandum est quamdiu nihil animus agere maius potest...*” – ami pénzkeresetre irányul, az nem lehet tisztelőre méltó, és nem lehet jó. Az ilyesmi haszonszerző tevékenység, ami csak addig hasznos, amíg az elmét előkészíti valami másra, de nem foglalja le teljesen; csak addig kell ilyesmivel foglalkozni, amíg az elme valami nagyobb elfoglaltságot nem lel magának.

3. Milyen következményekkel jár a prostitúció?

Az előbbieken bemutatott Ulpianus-szöveghely hangsúlyozottan az Augustus-féle házassági és családjogi törvények kontextusában nyeri el valódi értelmét, ezek célja pedig korántsem a prostitúció általában vett betiltása volt. A *leges Iuliae* nem a prostitúciót büntetik, hanem azokat az embereket (elsősorban a felsőbb társadalmi osztályok tagjait) sújtják különböző joghátrányokkal, akik nem tesznek eleget az Augustus által propagált hivatalos morális elvárásoknak²⁹ – mely utóbbiak egyike pontosan az, hogy a felsőbb társadalmi osztályok tagjai ne viselkedjenek kerítőként és prostituáltként, hanem engedelmeskedjenek a *mores maiorum* által inspirált magatartási szabályoknak, elsősorban a monogám és gyermekáldásban gazdag ideális házasság elvárásainak. Ezen túl a törvények célja az is lehetett, hogy elsősorban a szexuálisan promiszkuis nőket (valamint általában az alantasnak tartott szórakoztatóipar szereplőit) kívül tartsák a „tisztességes” társadalmon – még akkor is, ha felhagytak korábbi életmódjukkal. E célkitűzéseket a jogalkotó úgy kívánta elérni, hogy a különböző tilalmak és szankciók révén manipulálta a címzettek társadalmi állását.³⁰

A korábbiakban már hivatkozott *Tituli ex corpore Ulpiani* 13.1-2. szöveghelye summázza azt a házassági tilalomrendszert, mely leginkább tükrözi a fenti általános célokat:

„1. *Lege Iulia prohibentur uxores ducere senatores quidem liberique eorum libertinas et quae ipsae quarumve pater materve artem ludicram fecerit item corpore quaestum facientem.* 2. *Ceteri autem ingenui prohibentur ducere lenam et a lenone lenave manumissam et in adulterio deprehensam et iudicio publico damnatam et quae artem ludicram fecerit*”

– a *lex Iulia* értelmében a szenátorok és fiaik nem vehetnek feleségül *libertinát*, továbbá olyan nőt, aki saját maga színész, akinek apja vagy anyja színész, illetve olyan nőt, aki testével keresi megélhetését. Ezen túl más szabadon született férfi sem vehet feleségül kerítőnőt, kerítő vagy kerítőnő által felszabadított rabszolganőt, házasságtörés miatt elítélt nőt, továbbá színésznőt. A fenti tilalmakat azonban az sem oldja fel, ha a színésznő vagy prostituált felhagyott ko-

²⁹ F. DE VISSCHER (*Auguste restaurateur de l'ordre*, Extrait de la "Revue Générale" du 15 avril 1938, Bruxelles, 1938, 484–498. p.) Augustus tevékenységét az erkölcsi restauráció szempontjából vizsgálja. A szerző szerint a polgárháborúktól megviselt római népben egyfajta romantikus nosztalgia élhetett a „régí idők” tiszta élete iránt, s a „latin és paraszti lelkületű” Augustus ezt az erkölcsi nosztalgiahullámot lovagolhatta meg törvényhozásával. Ezen „erkölcsi kontinuitáselméletnek” számos történelmi körülmény ellentmond (többek között a törvények korabeli társadalmi fogadtatása sem igazolja DE VISSCHER elképzelését), az azonban valósnak tűnik, hogy maga a morális ideál, melyet Augustus restaurálni kívánt, ténylegesen az ősi Róma erkölcsi tradícióiban gyökeredzhetett.

³⁰ Lásd MCGINN: i. m. 19. p.; FLEMMING: i. m. 57. p.

rábbi foglalkozásával. A D.23.2.43.4. (Ulpianus *libro primo ad legem Iuliam et Papiam*) fragmentuma figyelmeztet, hogy

„*Non solum autem ea quae facit, verum ea quoque quae fecit, etsi facere desiit, lege notatur: neque enim aboletur turpitudine, quae postea intermissa est*”

– nem csak azt a nőt sújtja hátrányosan a törvény, aki jelenleg űzi a prostitúciót, hanem azt is, aki a múltban tette ezt, de abbahagyta: mert az erkölcstelenséget nem szünteti meg az, hogy abbahagyták a cselekedetet, ami kiváltotta.³¹

Az eddig felidézett források alapján ezen a ponton talán nem tűnik túlzónak az a következtetés, hogy az Augustus-féle házassági törvények egyfajta fekete-fehér, archetípusos felosztás szellemében közelítenek a női szerephez: a nő vagy „Madonna” vagy „szajha”, azaz vagy morálisan feddhetetlen, tisztességes *mater familias*, vagy a *mater familias* által képviselt értékeket tagadó, szabados, és éppen ezért a tisztességes polgároktól távol tartandó *meretrix*. A D. 23.2.43. Ulpianus-idézete részletesen elemezte azt, hogy kit kell a *leges Iuliae* alapján prostituálnak tekinteni – ennek a meghatározásnak az ellenpontját pedig egy másik, nem kevésbé ismert Digesta-szöveghelyen találhatjuk meg. A D.50.16.46.1. (Ulpianus *libro quinquagesimo octavo ad edictum*) szerint:

„*Matrem familias accipere debemus eam, quae non inhoneste vixit: matrem enim familias a ceteris feminis mores discernunt atque separant. Proinde nihil intererit, nupta sit an vidua, ingenua sit an libertina: nam neque nuptiae neque natales faciunt matrem familias, sed boni mores*”

– *mater familiasként* azt a nőt kell elfogadnunk, aki nem él erkölcstelenül: a *mater familiast* ugyanis a többi nőtől az erkölce különbözteti meg és választja el. Így nem jelent különbséget, hogy (a nő) házas vagy özvegy, szabadon született vagy *libertina*-e: mert nem a házasság vagy a születés teszi a *mater familiast*, hanem a jó erkölcs.³²

A *lex Iulia de adulteriis* erre az ellenpontozásra épít akkor, amikor úgy rendelkezik, hogy a házasságtörésért elítélt *mater familiast* a prostituáltakkal gyakorlatilag azonos megítélés alá kell venni, a házasságtörés felett szemet hunyó férjből pedig kerítő, *leno* lesz, annak minden jogi, de elsősorban társadalmi hátrányával együtt. Mindez logikus rendszert alkot azzal a körülménnyel is, hogy a római jog általában nem tiltotta a prostitúciót: a *lex Iulia de adulteriis*

³¹ A promiszkuitás elítélésének elképzelését támasztja alá az is, hogy a *leges Iuliae* értelmében a prostituáltakkal gyakorlatilag azonos megítélés alá esnek a szexiparból hasznat húzók, elsősorban a kerítők (*leno*, *lena*) – ebben az összefüggésben a leggyakrabban hivatkozott Digesta-fragmentum a D.23.2.43.6. (Ulpianus *libro primo ad legem Iuliam et Papiam*) szöveghely, mely szerint „*Lenocinium facere non minus est quam corpore quaestum exercere*” – a kerítés nem más, mint (mások) testéből hasznat húzni.

³² A témáról részletesen lásd. R. FIORI cikkét: *Materfamilias*. in *BIDR* 96–97 (1993–94), 455–498. p.

sem erre a célra irányul, hanem egyfajta elrettentésként és megtorlásként a társadalom perifériájára szorított személyekkel teszi egyenlővé azokat, akik korábban a „tisztességes” római állampolgárok életét éltek, de – a törvényhozó megítélése szerint – súlyosan vétettek a római erkölcsiség, és különösen a római házasság hivatalos ideálja ellen.³³

A *meretrices* és *lenones* azonban nem csak a tisztességes házasságkötés lehetőségétől kerültek eltiltásra. A klasszikus kor más tárgyú jogi normáit vizsgálva megállapíthatjuk, hogy a Kr.u. II. századra a teljes jogú római polgárt megillető privilégiumoktól és morális megbízhatóságon is alapuló kötelezettségektől a szexuális szolgáltatóipar szereplői gyakorlatilag meg lettek fosztva – ugyanúgy, mint más egyéb, morálisan „megbízhatatlan”, társadalmilag a periférián álló elemek, elsősorban a színészek és gladiátorok.

Ami a római polgárt megillető közjogi jogosultságokat és kötelezettségeket illeti, ezekkel a nők eleve nem rendelkeztek, tehát jogi helyzetüket nem befolyásolta az a tény, hogy prostituáltként tevékenykedtek-e vagy sem. A források mégis foglalkoznak a problémával – a férfi prostituáltak, kerítők kapcsán, illetve általában azokkal a férfiakkal összefüggésben, akik megélhetésüket egyéb módon, de „testükkel keresik meg”.³⁴ Általában megállapíthatjuk, hogy ezeket a férfiakat a köztisztviségek betöltésének lehetőségétől elzárták.

A magánjogi korlátozások köre ennél sokkal változatosabb; ezek körében is különleges fontossággal bír a *praetor* előtti megjelenés és az *edictum* által kínált jogsegélyek igénybe vételének lehetősége, a *postulatio*. A *praetori edictum* Ulpianus által megidézett szövegében (D.3.1.1. Ulpianus *libro sexto ad edictum*) a jogtudós felidézi, hogy a *praetorok* bizonyos személyeket egyáltalán

³³ A fenti elrettentő és megtorló szándék sikerességét megkérdőjelezheti az a körülmény, hogy a számos, alábbiakban még bemutatandó korlátozás ellenére a prostituáltak élete bizonyos szempontból szabadabbnak minősült, mint a tisztességes családayaké; így példának okáért házasságban élő prostituálttal vagy prostitúcióval összefüggő üzletágban dolgozó házasságban élő nővel nem lehetett *adulteriumot* elkövetni (lásd *Paul. Sent.* 2.26.11: „*Cum his, quae publice mercibus vel tabernis exercendis procurant, adulterium fieri non placuit.*”). Nyilvánvalóan léteztek olyan nők és férfiak, akik nem tartották nagy árnak a társadalmi és jogi marginálódást azért, hogy az általuk választott szabados életmódot követhessék – ezt tükrözi a Tacitus (*Ann.* 2.85) és Suetonius (*Tib.* 35.) által egyaránt feljegyzett eset. Tiberius uralkodása alatt egy Vistilia nevű előkelő nő megpróbálta prostituáltként bejegyeztetni magát, hogy elkerülje az *adulterium* jogi következményeit; válaszképpen Tiberius száműzetés terhe mellett megtiltotta, hogy szenátorok és lovagok feleségei, lányai és unokái prostituáltként próbálják meg bejegyeztetni magukat.

³⁴ Ebben a vonatkozásban fontos forrásnak minősül a *lex Iulia municipalis* (ismertebb elnevezéssel *Tabula Heracleensis*), melyet a tudomány tradicionálisan Kr.e. 45-re datál. A *municipium* közjogi rendtartására vonatkozó előírások részletesen felsorolják, hogy ki nem jogosult bizonyos köztisztviselések (magisztrátusi pozíció, tanácstagság, stb.) betöltésére. A kizáró okok listája hosszú és változatos, szerepel rajta a bizalmi pozíciókkal (*socius, tutor* stb.) való visszaélés miatti marasztaló ítélet, a fizetéseképtelenség, de számos tisztességtelen foglalkozás is (*TH* 122-123): „...*quive / corpore quaestum fecit fecerit quive / lanistaturam artemve ludicram fecit fecerit quive / lenocinium faciet.*” A kérdésről részletesen lásd MCGINN: i. m. 32–40. p., további irodalomjegyzékkel.

nem engedtek saját ügyükben fellépni (ilyenek voltak a tizenhét évnél fiatalab-
bak és a süketek); mások ugyan megjelenhettek a *praetor* előtt, de más ügyében
nem járhattak el, akik között a másokért való *postulatio* lehetőségét megtiltották
a nőknek (D.3.1.1.5.: „... *ne contra pudicitiam sexui congruentem alienis causis
se immisceant*” – hogy a nők a nemükhöz illő erkölcsös tartózkodással ellenté-
tes módon ne keveredjenek mások ügyeibe), valamint az olyan a férfinak is
(D.3.1.1.6.), „...*qui corpore suo muliebria passus est*”, aki úgymond
„megengedte, hogy testével mint női testtel bánjanak”.³⁵

A büntetőkeresetek indításának lehetőségét vizsgálva további korlátozásokra
és tilalmakra akadhatunk. Ezek között is szembetűnő az a megállapítás, hogy
nem követ el bűncselekményt (*iniuriát*) az, aki prostituáltként öltözött nőt nyil-
vánosan zaklat.³⁶ A D.47.10.15.15. (Ulpianus *libro septuagensimo septimo ad
edictum*) ismert szövege szerint

„*Si quis virgines appellasset, si tamen ancillari veste vestitas, minus
peccare videtur: multo minus, si meretricia veste feminae, non matrum
familiarum vestitae fuissent, si igitur non matronali habitu femina fuerit
et quis appellavit vel ei comitem abduxit, iniuriarum non tenetur*”

– ha valaki rabszolgáruhába öltözött fiatal lányokat szólít le, kisebb bűncselek-
ményt követ el. Még kevésbé tekinthető bűnösnek akkor, ha a nők prostituált-
nak és nem *mater familias*nak voltak öltözve.³⁷ Következésképpen ha egy nő
nem matróna-öltözéket viselt és így szólította le valaki vagy csalta el a kísérő-
jét, az illető *iniuria* miatt nem vonható felelősségre. A prostituáltként tehát *per
definitionem* nem lehetett becsülete vagy méltósága.³⁸

³⁵ A fragmentum további szövegében Ulpianus Pomponiust idézi, aki szerint ha egy férfit
rablók vagy az ellenséges katonák megerőszakoltak, ez nem fosztja meg az illetőt a másokért
történő *postulatio* lehetőségétől („*Si quis tamen vi praedonum vel hostium stupratus est, non
debet notari, ut et Pomponius ait.*”)

³⁶ A kérdésről lásd D. DE LA PUERTA MONTOYA monográfiáját, *Estudio sobre el Edictum de
Adtemptata Pudicitia* (Madrid, 1999) címmel.

³⁷ A ruha kiemelkedő fontosságú volt a prostituáltak megítélésében, hiszen (hasonlóan mo-
dern korunkhoz) az öltözék rengeteg társadalmi információt közvetített viselőjéről már a régi
Rómában is. A római prostituáltak nem csupán életmódjukkal különböztek a hivatalosan elvárt
magatartásformáktól, hanem öltözködésükkel is sértették a társadalmi rendet – ugyanis tipikus
viseletüknek a *toga*, a férfiruházat domináns darabja minősült. Lásd Mart. 2.39.: „*Coccina
famosae donas et ianthina moechae: vis dare quae meruit munera? Mitte togam.*” (Skarlátszínű
és lila ruhát ajándékozol a közismert házasságtörőnek. Megérdemelt jutalmat akarsz neki adni?
Küldj tógát.); Mart. 10.52.: „*Thelyn viderat in toga spadonem: /damnatam Numa dixit esse
moecham.*” (Numa a herélt Thelyst tógában látta – és azt mondta, hogy házasságtörés miatt elítélt
nőt látott.).

³⁸ A fentiekben már idézett szöveghelyek közül e szempontból is említést érdemel D.22.5.3.5.
Callistratus *libro quarto de cognitionibus* (tanúzási tilalom a *lex Iulia de vi* értelmében);
D.23.2.47. Paulus *libro secundo ad legem Iuliam et Papiam* (a prostituáltként dolgozó szenátor-
lány); Quintilianus mintaszónoklata (*Decl. Maiores* 14.) a „méregkeverő” prostituáltról. Hasonló
szellemű argumentumokkal találkozhatunk az idősebb Seneca *Controversiae*-iban (*Contr.* 2.7.5.;
Contr. 10.1.13-15.) is. FLEMMING (i. m. 50. p.) helytálló megjegyzése szerint a szónokok e mű-

A társadalom perifériájára való szorítás eszközeként jelentkezhetett az a sajtós „közrendi” megoldás is, mely szerint a prostituáltak számára kötelező lett volna az *aediliseknél* való bejelentkezés, azért, hogy a magisztrátusok nyilván tartásba vehessék őket. Az ilyen nyilvántartással kapcsolatosan rendelkezésre álló forrásaink viszont meglehetősen szűkösek, utalásszerűek. Tacitus már említett története Vistiliáról, a magát örömlányként bejegyeztető előkelő hölgyről (*Ann.* 2.85.) tartalmazza azt a kitétele, mely szerint Vistilia „*licentiam stupri apud aedilis vulgaverat*”, nevét közzétette az *aedilisek* listáján, „*more inter veteres recepto*”, a régiek szerint elfogadott módon, „*qui satis poenarum adversum impudicas in ipsa professione flagitii credebant*”, akik a tisztátalan nők számára elegendő büntetésnek tartották azt, ha nyilvánosan így kell megvallaniuk szegényüket. Aulus Gellius szintén idézett feljegyzése (*N.A.* 4.14.) az éjszaka Manilia kurtizánánál botrányt rendező *aedilis*ről³⁹ tartalmazza a néptribunok elmarasztaló döntését is, mely szerint (*N.A.* 4.14.6.)

„*Tribuni decreverunt aedilem ex eo loco iure deiectum, quo eum venire cum corollario non decuisset...*”

– a tribunok úgy ítélték, hogy az *aedilist* joggal taszították ki a helyiségből, hiszen illetlenség volt ott „felkoszorúzva” (azaz mulatságra készen) megjelennie. Az ifjabb Seneca egyik művében (*De vita beata* 7.3.) az erényről és a bujaságról elmélkedik, és véleménye szerint

„*Virtutem in templo convenies, in foro in curia ...: voluptatem latitantem saepius ac tenebras captantem circa balinea ac sudatoria ac loca aedilem metuentia...*”

– az erényt a templomokban találhatod, a fórumon, a bírósági csarnokokban, a bujaság pedig rejtőzködve leselkedik és a sötétséget keresi, a fürdők, izzasztóhelyiségek és más, az „*aedilistől* rettegő” helyszínek („*loca aedilem metuentia*”) környékén. Mindezek a szöveghelyek valóban összefüggésbe hozzák az *aediliseket* a prostitúció felügyeletével, ami illeszkedik is e magisztrátusok feladatkörébe, az azonban kevésbé valószínű, hogy a prostituáltakról tényleg létezett valamilyen naprakész, hivatalos névsor.

vekben megkérdőjelezzük ellenfelük morális karakterét, és ez igen könnyen alakul át azzá, hogy egyben megkérdőjelezzük a *meretrix* vagy a *leno* jogalanyiségének bármilyen formáját is. Aulus Gellius (*N.A.* 9.12.7.) szintén megerősíti a fentieket: „...*inveniet de „suspicioso” apud M. Catonem de re Floria ita scriptum: „Sed nisi qui palam corpore pecuniam quaereret aut se lenoni locavisset, etsi famosus et suspiciosus fuisset, vim in corpus liberum non aecum censuere adferri.*” – a „*suspiciosus*” szó jelentése kapcsán Cato a Florius tulajdonáról írott művében írja, hogy szabad emberrel szemben fizikai erőszakot használni tilos volt, kivéve, ha prostituálta magát, ha kerítőnek adta bérbe magát, vagy ha rosszhíru és „gyanús” (megbízhatatlan) volt.

³⁹ Hostilius állítólag Kr.e. 151 körül volt *aedilis*. Vö. J.F. GARDNER: *Women in Roman Law and Society* (London-Sydney 1986), 250. p., valamint T.R.S. BROUGHTON: *The Magistrates of the Roman Republic I.* (Cleveland 1951–1952)), 455. p.

4. A prostitúció pénzügyi vonatkozásai

Az állam és a jogrend prostitúcióhoz való kétarcú viszonyulását mi sem tükrözi jobban, mint az, hogy minden morális ítékezés és jogi korlátozás mellett a szabályalkotók ugyancsak tisztában voltak a prostitúció pénzügyi vonatkozásaival – azzal a közhelyszerű ténnyel, hogy a szexuális szolgáltatóipar óriási üzletet, komoly bevételi forrást jelentett már az ókor világában is. Ebből a pénzforrásból a római államhatalom maga is igyekezett részesedni akkor, amikor adóztatás tárgyává tette a prostituáltak bevételeit.⁴⁰

Történeti forrásaink tanúságtétele szerint Caligula volt az első római uralkodó, aki állítólag megadóztatta a prostituáltakat. Suetonius (*Cal.* 40.) jegyzi fel a következőket:

„*Vectigalia nova atque inaudita... exercuit, nullum rerum aut hominum genere omissum... ... exigebatur ... ex capturis prostitutarum quantum quaeque uno concubitu mereret; additumque ad caput legis, ut tenerentur publico et quae meretricium quive lenocinium fecissent, nec non et matrimonia obnoxia essent.*”

A császár új és eddig sohasem ismert adókat vetett ki, nem hagyott ki semmit és senkit, a prostituáltak bevételeiből egy aktus díját követelte meg.⁴¹ A törvényhez aztán egy újabb kiegészítést fűzött, hogy a kincstárnak kötelesek fizetni azok is, akik korábban üzték a prostitúciót vagy a kerítést, és a házasságban élőkkel sem tett kivételt. Ez utóbbi kikötés oka valószínűleg nem morális megfontolás volt, hanem az, hogy a lehető legmagasabb állami bevételre tegyen szert. A császár először a *publicanusok*ra, majd a *praetorianusok*ra bízta a begyűjtést, mégpedig azért, mert a pénzüsszeg hatalmas volt.

Mindez akár Suetonius anekdotájának is tűnhetne, ha egyéb források és feliratos emlékek nem igazolnák a prostituált-adó tényleges, hosszú évszázadokon keresztül fennálló létezését. A szíriai Palmyrában fennmaradt, Kr.u. 137-re datálható felirat (CIS II.3. 3913) a fizetendő adó összegét lépcsőzetes rendszerben állapítja meg: az a prostituált, aki 6 *ast* kér, 6 *ast* fizet, aki 8-at, az 8 *as*

⁴⁰ A prostituáltak adófizetési kötelezettsége kapcsán lásd T.A.J. MCGINN átfogó tanulmányát: *The Taxation of Roman Prostitutes*, in: *Helios* 16 (1989), 79–110. p., valamint R. BAGNALL írását: *A Trick a Day to Keep the Tax Man at Bay? The Prostitute Tax in Roman Egypt*. in: *BASP* 28 (1991), 5–12. p.

⁴¹ A Pompeiiben talált feliratok szerint egy Drauca nevű prostituált, aki a *lupanar Africani et Victoris*-ban dolgozott, 1 *denariust* kért aktusonként (CIL IV. 2193); Optata („Kívánatos”) 2 *asért*, Spes („Remény”) pedig 9 *asért* állt rendelkezésre (CIL IV. 5105). A pompeii árlistával kapcsolatban lásd R. DUNCAN-JONES művét: *The Economy of the Roman Empire: Quantitative Studies*. Cambridge, 1982, 246. p. Ehhez képest a luxusprostituáltak, mint például a híres Volumnia Cytheris (Antonius barátnője, akiről Cicero is számos helyen megemlékezik – Cic. *In Verr.* 2.3.78; *Ep. ad Att.* 10.10.5, 10.16.5, 15.22; *Phil.* 2. 58–62, 69; vö. Plut. *Ant.* 9.4) természetesen nem ilyen rendszeres, de szerény járandóságból éltek, hanem alkalmi, de gyakran hatalmas értékű ajándékokat élveztek.

adót, és így tovább. Még érdekesebb a CIL III.13750 szám alatt megtalálható felirat, mely a Fekete-tenger partján található Chersonesus nevű katonai garnizonból származik, a Kr. u. 185(186). évből. A töredékesen fennmaradt szöveg a helyi lakosok panaszaira kiadott provinciai helytartói rendeletet rögzíti – Chersonesus lakói ugyanis panaszt nyújtottak be a kormányzóhoz, hogy a római katonák, akik a prostituált-adót (*capitulum lenocinii, vectigal*) gyűjtik be, erőszakosak és zsarolják a helybélieket.⁴² E feliratos emlékek mellett egyiptomi papiruszleletek is alátámasztják a prostituáltak részéről fizetendő adó létét.⁴³ A *Scriptores Historiae Augustae* egyik császár-életrajza Alexander Severusról jegyzi fel (Sev. 24.3.), hogy a császár

„*lenonum vectigal et meretricum et exsoletorum in sacrum aerarium inferri vetuit, sed sumptibus publicis ad instauracionem theatri, Circi, Amphitheatri, Stadii deputavit*”

– az uralkodó elrendelte, hogy a kerítőkre, prostituáltakra és selyemfiúkra kivetett adót ne az államkincstárban helyezték el, hanem azt közkiadásként a színház, a cirkusz, az amfiteátrum és a stadion helyreállítására fordítsák.⁴⁴ Ezt a sajátos bevételi forrást csak Anastasius császár szüntette meg Kr. u. 498-ban, miután számos keresztény író már korábban határozott módon kritizálta e gyakorlatot.⁴⁵

A közjog területén túl a prostitúció és a pénzügyek összefüggései a magánjogon belül is újra és újra felbukkanó problémát jelentettek. A prostituáltakról általában az a vélekedés járta, hogy pénzéhesek, veszélyeztetik a családi vagyon megőrzését, és mindezt különösen akkor, ha élveteg fiatal férfiakat kerítenek hálójukba. Plautus komédiáinak hősei gyakran panaszkodnak arra, hogy szerelmük tárgya, egy szép örömlány, becsapta és kifosztotta őket minden vagyonukból⁴⁶. A D.17.1.12.11. (Ulpianus *libro trigensimo primo ad edictum*) szöveghelye a fenti, közhelyszerű állapotból indul ki, amikor a *mandatum* alkalmazásának egy különleges esetét elemzi:

⁴² A felirat tartalmának részletes elemzését nyújtja MCGINN: i. m. 261–264. p.

⁴³ Vö. ESAR IV. 183, SB VI. 9545.

⁴⁴ A szövegben említett épületek a ma is megtalálható Marcellus-színház, a Circus Maximus, a Colosseum, valamint a mai Piazza Navona helyén hajdanán fennállt Domitianus-féle stadion.

⁴⁵ A Kr. u. VI. században élő és alkotó Evagrius (*Historia Ecclesiastica* 3.39.) jegyzi fel e sajátos „gonosz és Isten szemében gyűlöletes” adónem eltörlésének tényét, melyet emberemlékezett óta azokra a nőkre vetettek ki, akik testük áruba bocsátásával keresték megélhetésüket.

⁴⁶ Jellegzetes példaként lásd a *Mercator* című komédia egyik főszereplőjének, Charinusnak panaszait (*Merc.* 42-43): „*Amare valide coepi hinc meretricem: ilico / res exulatum ad illam clam abibat patris. / Leno importunus, dominus eius mulieris / vi summa ut quicque poterat rapiebat domum*” – a fiatalember egy új városban azonnal szerelmes lett egy meretrixbe, akire apja tudomása nélkül azonnal elköltötte egész vagyonát, mindez pedig elsősorban a pimasz kerítőnek volt köszönhető, aki a lehető leggyorsabban szedett el tőle mindent (*rapiebat domum*, szó szerint „kirabolta a házat”).

„*Si adolescens luxuriosus mandet tibi, ut pro meretrice fideiubeas, idque tu sciens mandatum susceperis, non habebis mandati actionem, quia simile est, quasi perdituro pecuniam sciens credideris. Sed et si ulterius directo mandaverit tibi, ut meretrici pecuniam credas, non obligabitur mandati, quasi adversus bonam fidem mandatum sit*”

– ha egy buja fiatal férfi megbíz téged, hogy egy prostituáltért vállalj kezességet, és te ennek tudatában a megbízást elvállaltad, a *mandatum* alapján nem fog téged kereset megilletni, mert ahhoz hasonlít a helyzet, mintha tudatosan hiteleztlél volna valakinek, aki a pénzt elpazarolja. De ha ez a férfi újból megbíz téged, hogy nyújts pénzkölcsönt a prostituáltnak, a *mandatum* nem kötelez, mert ez a megbízás mintegy a jó erkölcsbe ütközik.⁴⁷

A D.12.5.4.3. (Ulpianus *libro vicensimo sexto ad edictum*) híres és sokat elemzett fragmentuma⁴⁸ a jogalap nélküli gazdagodás visszaperlésének különböző esetei között tárgyalja a prostituált részére kifizetett összeg visszakövetelhetőségét: A nagy jogászok által adott megoldás végső soron logikus, egyben tökéletesen tükrözi a római társadalom (fentiekben már bemutatott) kettős hozzáállását a prostitúció jelenségéhez. A *meretrix* egy mesterséget gyakorol. Ez a mesterség utálatos, de tagadhatatlanul létezik; a nőnek is meg kell élnie, így nem lenne méltányos az őt sújtó számos joghátrány mellett még pénzétől is megfosztani:

„*Sed quod meretrici datur, repeti non potest, ut Labeo et Marcellus scribunt, sed nova ratione, non ea, quod utriusque turpitudine versatur, sed solius dantis: illam enim turpiter facere, quod sit meretrix, non turpiter accipere, cum sit meretrix*”

– amit pedig egy prostituáltnak adnak (fizetnek), nem lehet visszakövetelni – írja Labeo és Marcellus –, de egy új indok alapján: nem amiatt, mert mindkét oldalon erkölcstelenség áll fenn, hanem azért, mert kizárólag csak az adó fél erkölcstelen. A nő erkölcstelenül viselkedik, mert prostituált, de nem erkölcstelen, amikor elfogadja a pénzt, mert hiszen prostituált.

A prostitúció tényleg komoly magánbevétele forrását is jelenthette, de nem szükségszerűen a *meretrix* javára. A fentiekben láthattuk, hogy az államhatalom évszázadokig nem habozott akkor, amikor a prostituáltakra kirótt *vectigal* kellett begyűjteni, és ebben a kérdésben a „tisztességes polgárok” sem voltak finnyásabbak a közszervezetnél. Ha mindez az ő érdekeiket is szolgálja, az örömmel

⁴⁷ A fragmentumról részletesen lásd S.A. FUSCO írását: „*Adolescens luxuriosus*”. *Ulp., D.17.1.12.11 ein Mandat contra bonos mores?*, in: D. NÖRR, S. NISHIMURA (a cura di), *Mandatum und Verwandtes: Beiträge zum römischen und modernen Recht*, Berlin/Tokyo 1993, 387–406. p.

⁴⁸ A specifikusan e fragmentumot elemző tanulmányok körében lásd F. STURM: „*Quod meretrici datur repeti non potest*”, in: H. P. Benoehr (ed.), *Iuris professio. Festgabe für M. Kaser zum 80. Geburtstag*, Wien, 1986, 281–288. p.; W. FORMIGONI: „*Quod meretrici datur repeti non potest. Ancora su D. 12.5.4.3*”, in: *AUFE*, 5 (1991) 17–25. p.

lányok által termelt összegek mögül azonnal eltűnni látszik a prostitúcióhoz, pontosabban a prostitúcióból származó pénzhez kapcsolódó megbélyegzettség, és marad a biztos bevétel. Szinte szimbolikus értékű az a Digesta-fragmentum, melyben Ulpianus a *hereditatis petitio* kapcsán így nyilatkozik az örökölt vagyon egyik eleméről (D.5.3.27.1. Ulpianus *libro quinto decimo ad edictum*):

„Sed et pensiones, quae ex locationibus praediorum urbanorum perceptae sunt, venient, licet a lupanario perceptae sint: nam et in multorum honestorum virorum praediis lupanaria exercentur”

– azok a bérbevételek, melyek egy városi ingatlan bérbeadásából származnak, a *hereditatis petitio* hatálya alá tartoznak, még akkor is, ha bordélyházból származnak. Merthogy bordélyházakat számos tisztességes férfiú telkén működtetnek.

ORSOLYA MÁRTA PÉTER

SCORTUM, LUPA, MERETRIX

(Prostitution in Classical Roman Law)

(Summary)

The paper briefly analyses the complex phenomenon of prostitution as represented in classical Roman law and literature. We depart from the supposition that, generally speaking, the past and the present attitudes regarding the „sex industry” are surprisingly similar. Official morals condemned the service provider and were much more indulgent toward the consumer; the law failed to expressly forbid such practices, nevertheless tried to set up certain barriers in order to prevent undesired extremities; and in everyday life the presence of harlots and pimps was a customary experience. Prostitution in ancient Rome was also a complex branch of industry, as the “girls” operated within a peculiar economic microcosm; further the inhabitants of such microcosm were expected to remain at the periphery of “honest” society. Classical Roman law supported such general expectation by introducing an entire set of prohibitions and discriminating measures respective to the status of *meretrices*, still it was quite liberal when considering prostitution as a potential source of public and private income.

Ingyenes és visszterhes letét a római klasszikus jogban

(Észrevételek a D. 47. 8. 2. 23 értelmezéséhez*)

Ulpianus meghatározása szerint a letét az, amit átadunk valakinek őrzésre.¹ A modern romanisztikában communis oppinioként elfogadott, miszerint a letét olyan reálszerződés, amelyben a letevő ingó dolgot ad át őrzésre azzal, hogy a letéteményes tartozik azt a letevő kívánságára rögtön visszaadni.² A római jogban nem csak a letét volt az egyetlen őrzésre irányuló szerződés. A formához kötött *stipulatio* absztrakt jellegénél fogva szintén alkalmas volt őrzési kötelem felvállalására. A formátlan szerződések közül ingyenes őrzésre irányulhatott a letét mellett a megbízás is. Míg azonban a letét tárgya csak ingó dolog lehetett, addig az ingatlanok őrzése megbízás (*mandatum*) keretében is megvalósulhatott. A visszterhes őrzés történhetett *locatio conductio*, illetve *innominat realcontractus* keretében is. Ha az őrzési tevékenység ellenértéke pénz (*merces*) volt, akkor a *locatio conductio* típusába tartozó munka- vagy vállalkozási szerződésről; ha egyéb más szolgáltatás volt, akkor névtelen reálszerződésről beszélhetünk.

* Rövid tanulmányommal elsősorban a 70 éves Molnár Imre professzort szeretném köszönten. Emellett köszönetemet szeretném kifejezni az Alexander von Humboldt Stiftungnak azért, hogy a Fritz Thyssen Stiftung különprogramjában a 2003–2004 tanévben 5 hónapon keresztül németországi kutatásaimat nagylelkűen támogatta. Szeretném külön hálámat kifejezni Prof. Rolf Knütelnek, a Bonni Római Jogi Intézet vezetőjének, akivel órákon keresztül vitatkoztunk a témáról, és aki inspiráló gondolataival jelentős mértékben hozzájárult a tanulmány megírásához.

¹ Ulp. D.16.3.1 pr.: *Depositum est quod custodiendum alicui datum est.*

² BESSENYŐ A.: *Római magánjog*. Budapest–Pécs 2003, 473. p.; BENEDEK F.: *Római magánjog*. Pécs 1993, 190. p.; FÖLDI A. – HAMZA G.: *A római jog története és intézményei*. Budapest 1996, 491. p.; W. LITEWSKI: Die Personen des römischen Verwahrungsverhältnisses. *RIDA* 47 (2000), 235–349. p.; J. MACQUERON: *Histoire du droit des obligations*. Aix-en-Provence 1975, 94–95. p.; MOLNÁR I. – JAKAB É.: *Római jog*. Szeged 2001, 299–300. p.; R. MONIER: *Manuel élémentaire de droit romain* 2., Aalen 1977, 125–126. p.

1. Az ingó dolgok vonatkozásában tehát az ingyenes és a pénzért való őrzés a letéti és a munka-, illetve vállalkozási szerződés szembeállításával érzékeltethető. A letét ingyenességével a legáltalánosabb formában Justinianus Intitúcióiban találkozunk a *mandatum* címszó alatt.³

Inst. 3.26.13: *Quibus casibus sine mercede suscepto officio mandati aut depositi contrahitur negotium, his casibus interveniente mercede locatio et conductio contrahi intellegitur.*

Általánosságban azt mondhatjuk, hogy azokban az esetekben, amikor bér kikötése nélkül megbízási, vagy letéti ügyletet kötnének a felek, ha bért kötnek ki, bérleti szerződés jön létre. A Justinianus általi felsorolásnál a megbízási és a letét mellől azért hiányzik a többi ingyenes egyenlőtlenül kétoldalú kötelmet eredményező szerződés (haszonkölcsön és kézizálog szerződések), mivel ezeknél már nem, vagy nem csak a megbízó, illetve a letétbe adó érdekében áll a kötelelem teljesítése. A haszonkölcsön ugyanis a haszonkölcsönbe vevő érdekét szolgálta, a kézizálog szerződésnél pedig már mindkét fél érdekelt adósként felelt.

Ezzel az őrzés ingyenességét hangsúlyozó forráshellyel Gaiusnak a Digestában található fragmentumát állíthatjuk szembe, ahol az őrzés már kifejezetten pénz ellenében történik.

Gai. D.19.2.40 : *Qui mercedem accipit pro custodia alicuius rei, is huius periculum custodiae praestat.*

Gaius fragmentuma a *locatio conductio* titulusa alatt szerepel a Digestában. A jogtudós szerint aki másnak a dolgát bérért veszi át őrzésre, *custodia* kötelezettségért kell helytállnia. A *custodia* szó itt kétszer, de különböző értelemben szerepel. Először az őrzési tevékenységet jelenti, amit számos szerző a technikai *custodia* elnevezéssel jelöl; majd a *periculum custodiae* értelemben, ami az alsó baleset veszélyének viselését foglalja magában.⁴ Így leszűrhetjük azt a következtetést, hogy amennyiben az őrzés ingyenes, akkor perjogi szempontból ez a kötelelem az *actio depositi*vel; ha pedig visszerhes, akkor az *actio locati et conducti*val érvényesíthető.⁵ Elsőként e két szerződés elhatárolásának szempontjait vizsgáljuk meg.

³ J. MICHEL: *Gratuité en droit romain*. Bruxelles 1962, 56. p.

⁴ C. ALZON: *Problèmes relatifs à la location des entrepôts en droit romain*. Paris 1965, 51–101. p.; J. MICHEL: i. m. 57. p.

⁵ V. ARANGIO-RUIZ: *Responsabilità contrattuale in diritto romano*. Napoli 1987, 104–105. p.; R. CARDILLI: *L'obbligazione di "praestare" e la responsabilità contrattuale in diritto romano*. Milano 1995, 489–493. p.; D. NÖRR: Die Entwicklung des Utilitätsgedankens im römischen Haftungsrecht, ZSS 73 (1956), 71. p.; MOLNÁR I.: *A római magánjog felelősségi rendje*. Szeged 1994, 185. p.; R. ROBAYE: *L'obligatio de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle en droit romain*. Bruxelles 1987, 38. és 125–127. p.

2. A források alapján ilyen eset lehet a ruhának a fürdő.ruhamegőrzőjében történő elhelyezése.

Ulp. D.16.3.1.8: *Si vestimenta servanda balneatori data perierunt, si quidem nullam mercedem servandorum vestimentorum accepit, depositi eum teneri et dolum dumtaxat praestare debere puto; quod si accepit ex conducto.*

Ulpianus véleménye szerint ha a fürdős (*balneator*) megőrzésére átadott ruhák elvesznek, amennyiben nem kapott pénzt az őrzésért, *actio depositi* alapján és csak a *dolus* mértékéig fog felelni, amennyiben azonban bért kapott, már *ex conducto* kell helytállnia. A köz- és a magánfürdőkben a ruhákat a ruhatárosnak (*capsiarius*) volt szokás átadni, akinek a tevékenysége gyakran független volt a fürdőt üzemeltető *balneator*tól.⁶ A *capsiarius* a vendég fizette és az őrzésre irányuló tevékenység kettőjük között *locatio conductio operis* volt. Előfordult azonban az is, hogy a ruhaőrzés ingyenes volt. Michel szerint például olyankor, amikor előkelő személyek megnyitották magánfürdőiket a nagyközönség számára, a fürdő ingyenes használata együtt járt az ingyenes ruhaőrzéssel is. A ruhatárost ilyenkor erre az alkalomra szerződtette a vendéglátó, abból a célból, hogy vendégei ruháit ingyen őrizze. Ezen alkalommal a ruhatáros és a vendég között létrejövő jogviszony *depositum* volt, ahol a letéteményes felelőssége csak *dolus* esetén állt fenn.⁷ Gyakorlatilag a magánszemély által fizetett fürdős a vendégek részére a ruhákat már ingyenesen őrizte, így felelőssége is szükség-szerűen enyhébb volt, mint a pénzért őrző fürdősé.

Ulpianusnál még komplexebb módon kerül kifejtésre az ingyenesség és visszterhesség problémája az alábbi rabszolgaőrzésre irányuló jogviszonyokban

Ulp. D.16.3.1.9: *Si quis servum custodiendum coniecerit forte in pistrinum, si quidem merces intervenit custodiae, puto esse actionem adversus pistrinarium ex conducto; si vero mercedem accipiebam ego pro hoc servo, quem in pistrinum accipiebat, ex locato me agere posse; quod si operae eius servi cum custodia pensabantur, quasi genus locati et conducti intervenit, sed quia pecunia non datur, praescriptis verbis datur acti; si vero nihil aliud quam cibaria praestaba, nec de operis quicquam convenit, depositi actio est.*

A jogeset szerint valaki elküldi rabszolgáját egy malomba, hogy őt a molnár őrizze. Amennyiben az őrzésért pénzt számítanak fel, a molnár (*pistrinarius*) ellen *ex conducto* lehet fellépni. Abban az esetben, ha a rabszolga gazdája pénzt kap a rabszolga munkájáért, akkor *ex locato* keresettel lehet fellépni a rabszolga munkáját bérlő személlyel szemben. Ha a rabszolga munkája fedezi az őrzés költségeit, akkor a *locatio* egyik típusáról van szó. Ha semmi pénzt nem adnak

⁶ R. ROBAYE: i. m. 196–198. p. A szerző szerint a *capsiarius* a *balneator* alkalmazottja volt.

⁷ J. MICHEL: i. m. 57. p.

át, akkor *praescriptis verbis action*nak van helye. Ha viszont a rabszolga gazdája csak a rabszolga ételmezésének költségeit (*cibaria*) biztosítja, és semmifajta munkavégzésben nem állapodtak meg, akkor *actio depositum*nek van helye.

A tényállás véleményem szerint négy különböző jogviszonyt ír le. Az első esetben az *actio locati* a *pistrinarius* elleni kereset akkor, amikor a molnár pénzért vállalta a rabszolga őrzését (*merces custodiae*). Tehát egy vállalkozási szerződés jött létre. Ilyenkor a molnár vállalkozónak (*conductor*) minősül, ebből következően *ex conducto* fog helytállni. A második tényállásban már a rabszolga tulajdonosa kap bért rabszolgája után a *pistrinariustól*. Ebben az esetben a bérbevevő a rabszolga tulajdonosa ellen (*ex locato me agere posse*) *actio conducti*t indíthat, mivel a pénzt a molnár adja a gazdának a rabszolga által elvégzett munkáért.⁸ Ilyenkor véleményem szerint dologbérlet jött létre a rabszolga munkája tekintetében. Erre utal a kereset megjelölése (*actio conducti*), amely kereset a dologbérletnél a bérbevevő perjogi eszköze a rabszolga tulajdonosával szemben. Michel a tényállásnak ezt a fordulatát munkaszerződésnek tekinti. Igaz, hogy a második, és a következő szituációt nem is Ulpianustól származónak, hanem betoldásnak tartja.⁹ Mivel azonban a munkát, amelyet a rabszolga valósít meg, személyesen kell végezni, véleményünk szerint munkaszerződésről nem lehet szó. Ez ellen szól továbbá az is, hogy a rabszolga gazdája felel *ex locato* és nem a rabszolga, aki – munkaszerződésként felfogva a viszonyt – a munkaereje tekintetében *locator*nak lenne tekinthető. A harmadik jogviszony esetében már nincs pénzmozgás, a rabszolga viszont munkát végez, ami ellátási költségeit fedezi. Ekkor szolgáltatások cseréjére irányuló *facio ut facias* típusú névtelen reálszerződéssel állunk szemben, tehát indokolt a *praescriptis verbis actio*. A rabszolga munkavégzése az egyik *facere* jellegű szolgáltatás, amellyel szemben áll a molnár őrzési tevékenysége. A negyedik jogviszony az, amikor a rabszolga tulajdonosa az ételmezésre fordított költségeket biztosítja az őrzőnek, viszont munkát nem végez a rabszolga. Ilyenkor a molnár részéről ingyenes őrzés valósul meg, tehát *depositum* jött létre.¹⁰ Hozzá kell tennünk azt is, ha a rabszolga tulajdonosa által adott összeg nagyobb lenne, mint ami az ételmezéséhez szükséges, akkor az ellátáson felüli összeget már az őrzésért adott díjnak kellene tekintenünk, így a letét átalakulna vállalkozási szerződéssé (*locatio conductio operis*).

Ebben a második ulpianusi esetben a jogtudós már a letét és a névtelen reálszerződés elhatárolását is elvégezte a korábbi *locatio* és *depositum* közötti különböztetés mellett.

⁸ C. LONGO: Sulla natura della "merces" nella "locatio conductio". in: *Mélanges P. F. Girard II*, Paris 1912, 112–113. p.

⁹ J. MICHEL: i. m. 58–59. p.

¹⁰ A. KREMER: Die Verhältnisse do ut facias und facio ut des als ausgewählte Beispiele der Innominatkontrakte im klassischen römischen recht, in: *Au delà des frontières, Mélanges de Witold Wolodkiewicz*, Varsovie 2000, 421–422. p.

A letét és a vállalkozás közötti hasonlóság harmadik területe az úgynevezett raktárosi szerződés. A raktár (*horreum*) – amely akár köz-, akár magánraktár is lehet, és amelyben búzát, olajat, személyes értéktárgyakat lehetett elhelyezni megőrzés céljából –, gyakran szerepel a *Digesta locatio conductio*val foglalkozó titulusában. Amennyiben az őrzés pénzért, vagyis ellenszolgáltatás fejében történik, akkor *locatio cunductio operis* valósult meg.¹¹ Ha őrzés nélkül bocsátotta volna a raktáros (*horrearius*) az ott dolgokat elhelyezők részére a raktárt, a korábbiakban már kifejtettek alapján *locatio conductio rei* állna fenn.

Az ingyenes őrzés baráti szívésség fejében is történhet.

(Ulp. D.16.3.1. pr. *Depositum est, quod custodiendum alicui datum est, dictum ex eo quod ponitur; praepositio enim de auget depositum, ut ostendat totum fidei eius commissum, quod ad custodiam rei pertinet*).¹²

Erre az ingyenes, de *horreum*ban való őrzésre utal az a később elemzendő forrás, amikor a felszólítást követően a raktár kinyitási lehetőségének elmaradása miatt nem köteles rögtön visszaszolgáltatni az őrzésre átvett dolgot a letéteményes (D. 16.3.1.22).

3. Felvethető az a kérdés, hogy vajon ingatlan dologra nézve miért nem állhat fenn letéti szerződés. Ingatlan őrzése az egyszerű birtokbavételen túl egyéb munkavégzés jellegű tevékenységeket is magába foglal. Ha az ingatlan őrzését valaki pénz ellenében vállalja el, akkor ez a jogviszony munka- vagy vállalkozási szerződés lenne. Ha ingyenesen őrzi egy személy az ingatlant, úgy, hogy azt használhatja is, akkor a körülményektől függően haszonkölcsönről (*commodatum*), lakáshasználatról (*habitatio*), illetve mezőgazdasági ingatlan tetszőleges időpontban történő visszavonás melletti használatba való átadásáról (*precarium*) beszélhetünk. Fontosnak tartjuk megjegyezni, hogy a letéteményes csak ingó dolog őrzésére vállalkozhat, és az őrzésre átvett dolgot nem is használhatja. Ezt már Gaius is kifejtette Institutiójában.

Gai. III. 196: Itaque, si quis re quae apud eum deposita sit utatur, furtum committit.

A gaiusi megállapítás egyértelmű: amennyiben a letéteményes használja a nála letett dolgot, akkor lopást (*furtum usus*) követ el.

¹¹ A *horrearius* szerződésének vonatkozásában eltérő felfogásokkal találkozhatunk az irodalomban. Egyesek *locatio reinek*, mások *locatio operarum*nak vagy *locatio operis*nek tekintik. Olyan nézet is akad, amely szerint, vegyes szerződésről van szó. Az erre vonatkozó álláspontokat lásd C. ALZON: i. m. 209–220. p. A magam részéről osztom V. ARANGIO-RUIZ (i. m. 118. és köv. p.), J. PARIS (*Responsabilité de la custodia en droit romain*. Paris 1926, 97. p.) és F. WUBBE (*Zur Haftung des Horrearius*, ZSS 76 [1959], 513. p.) álláspontját, miszerint vállalkozási szerződésnek tekinthető.

¹² C. ALZON: i. m. 83–84. p.; J. MICHEL: i. m. 70–71. p.

Ha pedig anélkül, hogy az ingatlanban lakna, vagy azt megművelné – tehát tágabb értelemben vett használat nélkül – látná el valaki az ingyenes őrzést, akkor megbízási szerződésről, *mandatum*ról lenne szó.¹³

4. A letét ingyenességéből következően a letéteményes felelőssége csak az enyhe felelősség mértékére korlátozódik. Ezt az elvet már Gaius is kinyilvánította.

Gai. III. 207: Sed si apud quem res deposita est custodiam non praestat, tantumque in eo obnoxio est quid ipse dolo fecerit. Qua de causa, si res ei subrepta fuerit quae restituenda est, eius nomine depositi non tenetur.

A letéteményesnek nem kell helytállnia *custodia*ért, és nem felelős, csak akkor, ha szándékosság terheli. Így ennek következtében nem felelős a letéti szerződés alapján, ha tőle a letett dolgot ellopják.¹⁴ Ezt az elvet később a *Digesta* több helyen is megerősíti.

Ulp. D.50.17.23: Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. Dolum tantum depositum et precarium.

Ulpianus itt azt mondja, hogy egyes szerződésekben csak szándékosságért, másoknál szándékosságért és a gondatlanságért is felelősséget vállalunk. Csak a *dolus*ért kell helytállni a letéti szerződés és a *precarium* esetében.¹⁵ A későbbiekben Justinianus is átveszi Alexander Severus 234. évi császári rendeletét, amely a letéteményes vonatkozásában a következőket mondja:

C.4.34.1: ...qui dolum solum et latam culpam si non aliud specialiter convenit praestare debuit...

Azaz letéteményesnek csak szándékosságért és súlyos gondatlanságért kell helytállnia, hacsak valami másban külön nem állapodtak meg. Fontos felhívni a figyelmet a felek megállapodására. Hiszen a *dolus* mértékétől a felek bármikor eltérhetnek és szigorúbb mértékben is kötelezheti magát a letéteményes. A súlyosabb felelősség felvállalására több példát is találunk a *Digesta*ban.

Ulp. D.16.3.1.6: Si convenit, ut si deposito et culpa praestatur, rata est conventio; contractus enim legem ex conventionem accipiunt.

Ha úgy állapodnak meg a felek, hogy a letétnél a gondatlanságért is helyt kell állni, ez a megállapodás érvényes, a szerződés törvényerővel bír a megállapodást kötő felek között. Természetesen itt a gondatlanság valamennyi formájára (*omnis culpa*) kiterjedő helytállásról beszélhetünk, amely az enyhe gondatlan-

¹³ J. MICHEL: i. m. 71–72. p.

¹⁴ R. CARDILLI: i. m. 487–489. p.

¹⁵ V. ARANGIO-RUIZ: i. m. 94–98. p.; MOLNÁR I.: *A római magánjog felelősségi rendje*. Szeged 1994, 135. p.

ságot (*culpa levis*) is magába foglalja. Ulpianus ugyanezt mondja ki más megfogalmazásban a letéti szerződést tárgyaló titulusban.

Ulp. 16.3.1.35: Saepe evenit, ut res deposita vel numi periculo sint eius, apud quem deponuntur; ut puta si hoc nominatim convenit. Sed et si quis deposito obtulit, idem Iulianus scribit periculo se depositi illegasse, ita tamen, ut non solum dolum, sed etiam culpam et custodiam praestet, non tamen casus fortuitos.

Gyakran előfordul, hogy a letett dologért, vagy pénzért annak kell a veszélyt viselnie, akinél letétbe helyezik. Ulpianus azt gondolja, hogy ez akkor következik be, ha a felek ebben kifejezetten megállapodtak. Ugyanez a helyzet, ha valaki önként ajánlkozott letéteményesnek. Julianus ugyanígy vélekedik, azaz szerinte ilyenkor a letéteményes viseli a letét veszélyét úgy, hogy nem csak a szándékosságért, hanem a gondatlanságért és a *custodia*ért is felel, azonban nem kell már helytállnia *vis maior*ért.¹⁶

A forráshely értelmezése a szakirodalomban meglehetősen vitatott. Rosenthal felveti, hogy itt a letéteményes már nem csupán szívességből vállalkozott a dolog őrzésére, ezért érdekelt adósként mintegy elvállalta a *custodia* felelősséget.¹⁷ Klami szerint a letéteményes önkéntesen beavatkozott, amit a *se obtulit* kitétel igazol, ezért felelőssége a *custodiara* növekszik a *dolus*ról.¹⁸ Robaye szintén elfogadja az önként ajánlkozó letéteményes felelősségét *custodia*ért, de ez a *custodia* szerinte szubjektív felelősségként értelmezhető, mintegy *culpa in custodiendoként*.¹⁹ Véleményem szerint ez az értelmezés ellentétes a szöveggel. Egyértelműen objektív *custodia*-kötelezettségről beszél a szöveg, hiszen még azt is hozzáteszi Ulpianus, hogy elháríthatatlan erőhatalom esetén már nem kell helytállnia a letéteményesnek. Egyetértünk Rosenthal és Földi kijelentésével, amely szerint a letéteményes önkéntes ajánlkozása a *custodia* felelősség elvállalását jelentette.²⁰ A *custodia* felelősség felvállalása mellett a veszélyviselés kérdésében is szabadon állapodhattak meg a felek, mint azt az alábbi Nerva forráshely is tanúsítja.

Ner. D.17.1.39: Et Aristoni et Celso patri placuit posse rem hac condicione deponi mandatumque suscipi, ut res periculo eius sit qui depositum vel mandatum suscepit; quod et mihi verum esse videtur.

E hely szerint Ariston és az idősebb Celsus úgy döntöttek, hogy a letétet és a megbízást el lehet fogadni azzal a kikötéssel, hogy a veszélyt az viseli, aki a letétre, vagy a megbízásra kötelezettséget vállalt. Neratius szerint ezzel egyet lehet érteni.

¹⁶ V. ARANGIO-RUIZ: i. m. 116–118. p.; R. CARDILLI: i. m. 469–482. p.

¹⁷ J. ROSENTHAL: "Custodia" und Aktivlegitimation zur "actio furti", ZSS, 68 (1951), 228. p.

¹⁸ H. T. KLAMI: *Mutua magis videtur quam deposita*. Helsinki 1969, 147–149. p.

¹⁹ R. ROBAYE: i. m. 44–46. p.

²⁰ FÖLDI A.: *A másért való felelősség a római jogban*. Budapest 2004, 249. p.

További tényállást találhatunk a forrásokban, amikor a letéteményes felelőssége szigorúbbá válik az alapesetnek tekinthető *dolus*hoz képest. Ezzel kapcsolatos utalást tartalmaz Ulpianus egyik fragmentuma a *Digesta* haszonkölcshöz tartozó *titulus*ában.

Ulp. D.13.6.5.2: *Nunc videndum est, quid veniat in commodati actione, utrum dolus an et culpa an vero et omne periculum. Et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus; dolum in deposito; nam quia nullam utilitas eius versatur apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus; nisi forte et merces accessit (tunc enim, ut est et constitutum, etiam culpa exhibetur) aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam et periculum praestat is penes quem deponitur. Sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in empto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, et dolus et culpa praestatur.*

Ulpianus szerint meg kell vizsgálni, hogy mely esetekben van helye *actio commodati*nak. Vajon csak *dolus* és *culpa*, vagy pedig minden veszély (*periculum*) esetében? A szerződésekben néha csak *dolus*, néha *culpa* mértékéig vállalunk kötelezettséget. A letétnél *dolus*unkért felelünk, hiszen semmifajta előnnyel nem jár, hogy az őrzést a letéteményes végzi. Tehát ilyenkor joggal felel csak *dolus*ért, feltéve, hogy semmifajta ellenszolgáltatást nem kap. Ellenben ha fizetséget (*merces*) kap az őrzésért a *depositarius*, akkor a *constitutio* döntése értelmében *culpa* is kiterjed a felelőssége. Ugyanez a helyzet akkor, amikor már a szerződés megkötésekor kikötötték, hogy a letéteményes *culpa*ért és *periculum*ért is felelni fog. Ellenben amikor mindkét fél érdekében áll a szerződés teljesítése (mint az adásvétel, a dologbérlet, a munka- és vállalkozási szerződés, a hozomány, a kézizálog, vagy a társasági szerződés esetében), akkor *dolus*ért és *culpa*ért is felelősséggel tartoznak a felek.

Ulpianus szövegének jelentősége abban áll, hogy leszögezi: a letétnél a főszabály az ingyenesség és a *dolus*ért való felelősség. Emellett előfordulhat olyan kivételes eset is, amikor a letéteményes érdekeltté válik azáltal, hogy ellenszolgáltatást kap. Természetesen ezzel a felelőssége is súlyosbodik, *culpa* is ki fog terjedni.²¹ Mivel itt a lopás problémája még nem merült fel, ezért a *custodia* felelősség kérdésében sem kellett a jogtudósnak nyilatkoznia. Ez azonban nem jelenti azt, hogy az érdekelt adós letéteményes helytállását Ulpianus csak a gondatlanság mértékére korlátozta volna. Ehhez hasonló döntést hoz Ulpianus egy másik, a lopás keresetét tárgyaló forrásnál (D. 47.8.2.23) is.

A fentiek alapján megállapíthatjuk, hogy a letéteményes felelőssége az érdekelt adós *custodia*-kötelezettségére nő akkor, ha a felek ebben így állapodtak

²¹ R. CARDILLI: i. m. 173–184. p.; J. MICHEL: i. m. 61–66. p.; D. NÖRR: i. m. 73–75. p.; R. ROBAVE: i. m. 44–46. p.

meg, vagy a letéteményes önként ajánlkozik, illetve akkor is, ha pénzt kap az őrzésért.²²

5. Mint ahogy azt az előzőekben már láttuk, a letéti szerződésnél a letéteményes felelőssége akkor terjedt csak a szándékosság mértékéig, amikor ingyenesen látta el az őrzést. Amennyiben a letéteményesnek is érdeke fűződött a letét-hez, akkor már *custodia* kötelezetté vált. Így fordulhatott elő kivételesen az a helyzet, hogy a pénzért őrző letéteményes felelőssége ugyanúgy kiterjedt a *custodiára*, mint a szintén pénzért őrző vállalkozóé a *locatio conductionál*. Meg kell-e ilyenkor különböztetni egymástól a letétet, illetve a *locatit*? Először pusztán elméleti felvetésnek tűnhet a fenti kérdés, de álláspontunk szerint ehhez a megkülönböztetéshez fontos jogkövetkezmények is kapcsolódhatnak. Erre kíván utalni véleményem szerint Ulpianus is.

Ulp. D. 47. 8. 2. 23: *Et generaliter dicendum est, ex quibus causis furti mihi actio competit in re clam facta, ex hisdem causis habere me hanc actionem. Dicit aliquis; adquin ob rem depositam furti actionem non habemus. Sed ideo addidi 'si intersit nostra non esse raptam'; nam et furti actionem habeo, si in re deposita culpam quoque repromisi vel pretium depositionis non quasi mercedem accepi.*

Általánosan kifejezve minden olyan esetben, amikor *actio furtit* kapok az alattomban ellopott dolgaim miatt, az *actio vi bonorum raptorum* is megillet. Ugyanakkor a letétbe tett dolgok ellopása miatt nem illet meg bennünket *actio furti*, hacsak nem vagyunk érdekeltek abban, hogy ne legyen elrabolva a dolog. Ezért mégis rendelkezem *actio furtival*, ha az átvett dologért a *culpára* kiterjedő felelősséget vállaltam, vagy érte őrzési díjat, de nem mintegy *mercest* kaptam.²³

Véleményünk szerint a szövegben három egymástól elkülöníthető őrzésre irányuló szerződés szerepel. Az egyik az ingyenes őrzés, ami a *depositum* tipikus tényállási eleme.²⁴ Erre az esetre nem ad a római jog *actio furtit*, illetve *actio vi bonorum raptorumot*. A második tényállás szintén *depositum*, de a letéteményes érdekelt adós módjára felel. Ez előállhat ennek a felelősségnek a kifejezett felvállalásával is. Emellett érdekelt lehet a letéteményes akkor is – a letét ingyenes jellegének ellenére –, ha ellenszolgáltatást kap, amit Ulpianus a „*pretium depositionis*” kifejezéssel jelöl. A régebbi szerzők közül Rotondi és Glück szerint a *pretium depositionis* említésekor egy jusztinianuszi újításról van szó, és a pénzösszeget, mint ajándékot kapja a letéteményes.²⁵ Ezzel szem-

²² C. ALZON: i. m. 82–83. p.; D. NÖRR: i. m. 117. p.

²³ G. GANDOLFI: *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana*. Milano 1976, 142–146. p.

²⁴ Iust. Inst. 3. 26. 13 „...ut generaliter dixerimus: quibus casibus sine mercede suscepto officio mandati aut depositi contrahitur negotium, his casibus interveniente mercede locatio et conductio contrahi intellegitur.”

²⁵ C. F. GLÜCK: *Pandette* 16, Erlangen 1816, 288. p.; G. ROTONDI: *Appunti sulla teoria romana del deposito*, in *Scritti giuridici* 2, Milano 1922, p. 60. „Un altro requisito caratteristico

ben Pernice és Betti – véleményem szerint helyesen – ellenszolgáltatásért végzett letétről beszélnek.²⁶ Gandolfi szerint a szöveg egyértelműen *pretium*ról beszél, amin pedig díjat (*premio*) kell értenünk, és szerinte ezt erősíti a *non quasi mercedem* kifejezés is.²⁷ Mivel itt ellenszolgáltatásért végzett őrzésről van szó, ez nem más, mint *locatio conductio operis* – mondja Michel és Robaye.²⁸ Véleményem szerint ez a feltevés helytelen. Ezt a belga szerzők által képviselt nézetet a szöveg utolsó fordulata ugyanis megcáfolja. Ulpianus itt különbséget tesz a *pretium depositionis* (*non quasi mercedem accepi*) és a *merces* között. Természetesen a “*non quasi mercedem accepi*” kitéltelt több szerző is interpolálnak tartja.²⁹ Álláspontom szerint nem interpolált a szöveg. A *pretium depositionis*, a letéti díj a visszerthes *depositum*ra utal, a *merces* pedig egy harmadik, őrzésre irányuló szerződésre, amely szerintem a vállalkozás. A *merces* tipikusan a pénzben álló ellenszolgáltatás megjelölésére használt kifejezés a *locatio conductio* keretében kötött szerződéseknél. Vagyis az ellenszolgáltatásért végzett őrzés lehet egy atipikus *depositum*, ahol a *pretium depositionis* átvétele miatt a letéteményes érdekelt adóssá válik.³⁰ Ha pedig az érdekelt adós a dolgot őrzi is, akkor *custodia* kötelezettnek tekinthető.³¹ Emellett természetesen *custodia* kötelezett a vállalkozó is, aki *mercest* kap a tevékenységéért.

Természetesen felmerül a kérdés, hogy miért letétről beszélünk továbbra is, amikor az ellenszolgáltatásért végzett őrzés inkább vállalkozási szerződés lenne. Véleményünk szerint ilyenkor a szerződés létrejöttének körülményei a meghatározóak. Mivel a letétnél reálszerződésről van szó, csak a letett dolog átadásakor jön létre a szerződés. A vállalkozási szerződés konszenzuális jellegének megfelelően elegendő az őrzésben való megállapodás. Ez a probléma nem me-

del deposito è la gratuità: non sembra esclusa per diritto giustiniano la possibilità di un onorario a titolo di liberalità (l. 2 § 23 D.47, 8: *pretium depositionis non quasi mercedem*), ma il testo è per lo meno sospetto.”

²⁶ A. PERNICE: *Marcus Antonius Labeo. Das römische Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit I*, Halle 1900, 216. p. 5. jt. “...die Haftung für *custodia* kann auch in der Natur der abgeschlossenen Verwahrungsvertrages selbst liegen, römisch gesprochen, in der *fide bona*, wie sie für dieses Verhältnis sich darstellt. Dies findet sicher statt, wenn der Depositar sich zgedrängt hat, vielleicht auch, wo er für die Bewahrung der Sache Geld non quasi mercedem erhält.”; E. BETTI: *Istituzioni di diritto romano* 2/1., Padova 1960, 372. p. 83. jt. és 376. p. 95. jt. “Deposito retribuito”.

²⁷ G. GANDOLFI: i. m. 144. p.

²⁸ J. MICHEL: i. m. 69–70. p.; R. ROBAYE: i. m. 42–44. p.

²⁹ F. SCHULZ: i. m. 36–37. p.; G. LONGO: *Il deposito*. Milano 1946, 7–11. p.; R. ROBAYE: i. m. 44. p. “L’interpolation pourrait s’expliquer par le souci des compilateurs d’analyser la sentence d’Ulpian en restant dans le cadre du contrat de dépôt.”

³⁰ G. GANDOLFI: i. m. 138–142. p.; L. VACCA: *Ricerche in tema di ‘actio vi bonorum raptorum’*. Milano 1972, 69. p. “...che legittimato attivo all’actio vi bonorum raptorum sia il proprietario dei beni rapinati, perche nello stesso commentario ulpiano è affermata espressamente la legittimazione di chiunque vi abbia interesse”.

³¹ Ulp. D. 16. 3. 1 35 ...sed et si se quis deposito obtulit, idem Iulianus scribit periculo se depositi illigasse, ita tamen, ut non solum dolum, sed etiam culpam et custodiam praestet, non tamen casus fortuitos.”

rül fel az ulpianusi fragmentum kapcsán, hiszen a *custodia*-kötelezett vállalkozó is csak akkor kapja meg az *actio vi bonorum raptorum* megindításának lehetőségét, ha az őrzésre átvett dolgot tőle ténylegesen elrabolták. Ehhez viszont logikailag elengedhetetlen, hogy számára a dolog ténylegesen is át legyen adva. Vagyis a szerződés konszenzuális jellege ellenére is megtörténik az ingó dolgok őrzésre való átadása a fenti ulpianusi tényállásban, akárcsak a letétnél.

Letéti szerződésnél a letét jellegéből fakadóan az őrzést végző személynek a letevő kérésére bármikor ki kell adnia az őrzésre átvett tárgyat, hacsak a szerződésben nem meghatározott időt kötöttek ki a felek. Ezt az elvet már Ulpianus leszögezte.

Ulp. D.16.3.1.22: Est autem et apud Iulianum libro tertio decimo digestorum scriptum eum qui rem deposuit statim posse depositi actione agere; hoc enim ipso dolo facere eum qui suscepit, quod reposcenti rem non reddat. Marcellus autem ait non semper videri posse dolo facere eum, qui reposcenti non reddat; quid enim si in provincia res sit vel in horreis, quorum aperiendorum condemnationis tempore non sit facultas? Vel condicio depositionis non exstitit?

Ulpianus először Julianus Digestájának 13. könyvében írottakra hivatkozik, amely szerint a letevő keresetet indíthat a letéteményes ellen, mivel az csalárdul jár el, ha nem adja vissza a dolgot kérésre. Ezzel szemben Marcellus megjegyzi, hogy nem tekinthető minden esetben csalárdnak a letéteményes, ha kérésre nem adja vissza a letett dolgot. Ez akkor fordul elő, ha a dolog vidéken található, vagy a szövegben szereplő ítélet időpontjában a raktár (*horreum*) nem nyitható ki, vagy a letéti szerződésbe foglalt feltétel még nem következett be.

Ulpianus, Julianus és Marcellus véleménye alapján egyértelműen leszögezhető, hogy az őrzésre átadott dolgot a letevő kérésére bármikor vissza kell szolgáltatni. Ennek elmulasztása csalárdságnak minősül. Ez alól kivételt jelent, ha az őrzés vidéken történik, vagy a raktár kinyitása nem lehetséges. A felek valamilyen feltételhez is köthetik a visszaadást, vagy akár az őrzés idejét is meghatározhatják. Ha ez nem történik meg, kérésre rögtön visszajár a letett dolog.

A *locationál* a szerződés megkötésének feltétele a *merces*ben való megállapodás is. Ennek mértékét az őrzésben álló munka mennyisége, tehát az őrzési idő lényegesen befolyásolja. Másképp fogalmazva a vállalkozói díj mértéke jelentős mértékben függ a megőrzési kötelezettség időtartamától. Ha a letéteményesnek bármikor ki kell adnia a pénzért őrzött dolgot, akkor *depositum* a megkötött szerződés. Ha esetleg korábban visszakérné a letevő az őrzésre átadott dolgot, mint azt korábban gondolta, nem kérheti az őrzési díj (*pretium depositionis*) csökkentését arra hivatkozva, hogy azt hosszabb őrzési időre tekintettel nyújtotta; míg ezt a *locatio conductio* esetében megtehetette, még ha a

mercest előre is fizették.³² Ha az őrzés ellenértéke meghatározott időre lett megállapítva, akkor *locatio conductio operis*ről beszélhetünk. Vagyis itt az őrzési díj (*merces*) általában a tevékenység végén (*postnumerando*) került megállapításra. A felek az őrzés idejét napokban, hetekben, hónapokban, vagy megállapodásuk alapján tetszőleges időintervallumban is meghatározhatták.³³ A másik esetben a letét ingyenes jellegét módosította a *mandatum* mintájára mintegy *honorariumként* adott őrzési díj, amelyet Ulpianus *pretium depositionis*nak nevez.³⁴ Az ingyenes jelleg elvesztése miatt azonban a letéteményes felelőssége súlyosbodik anélkül, hogy a letéti szerződés átalakulna *locatio conductio*vá. Véleményem szerint erre a két szerződés között meglévő lényegtelennek látszó, de Ulpianus szerint is fontos különbségre utal a *pretium depositionis non quasi mercedem accepi* kitétel.

A *custodia*-kötelezettek megindíthatják az *actio furtit*, vagy az *actio vi bonorum raptorum*ot is a náluk lévő, de más tulajdonát képező dolgok ellopása esetén a tolvaj, vagy rabló ellen.³⁵ A szerzők jelentős része ellentétet lát a “*si intersit nostra non esse raptam*” (ha érdekemben áll, hogy ne lopják el) és a következő Modestinus fragmentum között:

Modestinus, Coll. 10.2.6: *Res deposita si subripiatur, dominus dumtaxat habet furti actionem, quamvis eius apud quem res deposita est intersit ob inpensas in rem factas rem retinere. Is vero cui commodata sit furti experiri deberit, si modo solvendo fuerit.*

Modestinus azt mondja, hogy ha egy letétbe helyezett dolgot ellopnak, egyedül csak a tulajdonos indíthat *actio furtit*. A letéteményes még akkor sem, ha abból a célból, hogy a dologra fordított költségeit megtérítsék, érdekelté válna a dolog visszatartására (*rem retinere*). Ellenben a haszonkölcsönbe vevőnek, amennyiben fizetőképese, meg kell indítania az *actio furtit* (a tolvaj ellen). Az ellentmondást a szerzők az itt szereplő “*intersit ob inpensas in rem factas rem retinere*” kitételben látják. Ez az ellentmondás azonban csak látszólagos.³⁶ A költségtérítés fizetése még nem teszi érdekelt adóssá a letéteményest. A ráfordítások (*impensae*) megtérítése ugyanis nem okoz vagyonnövekedést a letéteményes vagyonában. A letéteményes csak abban érdekelt, hogy ezt az összeget

³² C. ALZON: i. m. 256. p. “Imaginons que, pour une raison ou pour une autre, cessent la fourniture des locaux et celle du travail d’emmagasinage et de garde. Le contrat étant ainsi résilié complètement, il va falloir procéder à une restitution de la *merces*, en application de la théorie des risques.”

³³ C. ALZON: i. m. 249–252. p. “L’*opus* est un *opus* global donnant lieu à une *merces* globale; il consiste à accepter pendant un délai déterminé – un an en l’espèce – une quantité de marchandises limitée par la contenance de l’*horreum* loué.”

³⁴ B. KÜBLER: Die Haftung für Verschulden bei kontraktsähnlichen und deliktsähnlichen Schuldverhältnissen, ZSS 39 (1918), 209. p.

³⁵ C. ALZON: i. m. 170–171. p.; E. COSTA: *La Locazione di Cose nel Diritto Romano*. Torino 1915, 90. p.

³⁶ J. MICHEL: i. m. 68. p.

megkapja, azaz, hogy a költelekezése előtti vagyonállapota helyreálljon. Véleményem szerint Modestinus ingyenes letétről beszél, amikor a letéteményes költségeinek megtérítését kéri. A költségek visszatérítése az ingyenes letétet nem tette pénzért való őrzéssé. Ha a letéteményestől ellopták a dolgot, nem biztos, hogy bizonyítani tudná a dologra eszközölt ráfordításait. Ezért ebben az értelemben érdekelt a dolog megtartásában, de nem válik egyben a felelősség szempontjából is érdekelt adóssá. Így nem válik *custodia*-kötelezetté sem, következőképpen nem kapja meg az *actio furti* megindításának jogát sem. A *merces* és a *pretium* tehát őrzési díjként foghatóak fel, azaz a tevékenység ellenértékeként, a beruházások (*impensae*) azonban tartalmazhatnak anyagköltséget is. Így megállapítható, hogy a két fragmentum között az ellentét csak látszólagos.³⁷

Fejtegetéseinket összegezve arra a megállapításra juthatunk, hogy forrásokkal alátámasztva bizonyítható, miszerint a római jogban is ismert volt a visszterhes letét. Mivel ilyenkor az őrzésért pénzt is átvett a letéteményes, felelőssége már nem csak a szándékosságra terjedt ki, hanem magába foglalta a gondatlanságot is és a letéteményes csak *vis maiorra* hivatkozva menthette ki magát, vagyis *custodia*-kötelezetté vált. A dolog őrzését pénzért ellátó vállalkozó és az ilyen letéteményes helyzete a felelősség szempontjából tehát hasonlóságot mutat. Mint láttuk, a letéti szerződés egyik sajátossága az, hogy ha a felek másként nem rendelkeztek, a letevő a dolgot bármikor visszakövetelhetette. Véleményem szerint a bármikor történő visszaadási kötelezettség akkor is terheli a letéteményest, ha az őrzésért pénzt kapott. Ha a visszakövetelésre korábbi időpontban került volna sor, mint ahogy azt a szerződő felek az őrzési díj átadásakor, illetve átvételekor feltételezték, akkor sem módosult a *pretium depositionis* összege. Tehát a már átadásra került összeg egy részét nem követelhetette vissza a letevő arra hivatkozva, hogy mértéke túlzott. Ellenben a vállalkozási szerződés keretében (például a *horrearius* általi őrzésnél) az őrzési díjat (*merces*) az idő függvényében állapították meg, és a dolog visszaadásakor fizették. Az *actio vi bonorum raptorum* megindítására a sértett tulajdonos mellett a *custodia*-kötelezettek is jogosultak voltak. Mivel az ingyenesen őrző letéteményes csak *dolus*ért felelt, ezért nem volt jogosult a kereset megindítására sem. Az érdekelt adós vállalkozó és a pénzért őrző letéteményes *custodia*-kötelezettek, így ők már felléphettek a rablás elkövetőjével szemben. A két szerződés között, mint azt Ulpianus hangsúlyozza (D. 47. 8. 2. 23) – és amint arra a tanulmányunkban is rámutattunk – különbséget kell tenni. A D. 47. 8. 2. 23 fragmentum így három jogviszonyt említ, az ingyenes és a visszterhes letétet, valamint a vállalkozási szerződést. A három szerződést megkülönböztető értelmezés további előnye, hogy a letétre és a vállalkozásra vonatkozó más szövegekkel is összhangban áll, és Ulpianus (D. 47. 8. 2. 23) fragmentumának utolsó fordulátát sem vagyunk kénytelenek interpolálni tekinteni.

³⁷ R. ROBAYE: i. m. 43. p.

ATTILA PÓKECZ KOVÁCS

UNENTGELTLICHE UND ENGELTLICHE VERWAHRUNG IM
KLASSISCHEN RÖMISCHEN RECHT

(Bemerkungen zur Auslegung von D. 47. 8. 2. 23*)

(Zusammenfassung)

In der vorliegenden Studie habe ich den Verwahrungsvertrag von den sonstigen sich auf Verwahrung richtenden Rechtsverhältnissen abgegrenzt. Zunächst wurden die verwandten Konstruktionen im Bereich der *locatio* und des Innominatkontrakt untersucht, wobei zwei Stellen des Ulpianus (D.16.3.1.8; und D.16.3 1. 9) im Zentrum stehen. Kurz wurde die Problematik der Verwahrung der Liegenschaften (unter Nr. 3) angesprochen. Da dies im Rahmen des *depositum* nicht realisiert werden konnte, erwies sich vor allem das *mandatum* zu diesem Zweck geeignet. Anschliessend habe ich die Verantwortung des Verwahrers untersucht. Aufgrund der analysierten Quellen (Gai. Inst. III.207; Ulp. D.50.17.23; C.4.34.1; Ulp. D.16.3.1.6; Ulp. D.16.1.35; Ner. D.17.1.39; Ulp. D.13.6.5.2) ist zu betonen, dass die Haftung des Verwahrers auf den *dolus* beschränkt war, wenn er die Verwahrung unentgeltlich wahrgenommen hatte. Hat er hingegen an der Verwahrung Interesse gehabt, wurde er bereits zur *custodia* verpflichtet. Der Verwahrer haftete noch dann für *custodia*, wenn die Parteien sich darin geeinigt haben, oder der Verwahrer sich freiwillig angeboten hat, bzw. auch dann, wenn er für die Verwahrung Entgelt erhalten hat. Unter Nr. 5 habe ich die Antwort darauf gesucht, ob der entgeltliche Verwahrungsvertrag und der sich auf Verwahrung richtende Werkvertrag voneinander unterschieden werden können. Aus diesem Gesichtspunkt ist Ulpianus Fragment von grosser Bedeutung (D.47.8.23), das zwischen der Verwahrungsgebühr (*pretium depositionis*) und der Unternehmergebühr (*merces*) unterscheidet. Meines Erachtens hatte der Verwahrer bei *depositum* zu jeder Zeit die für Geld verwahrte Sache

* Mit meinem kurzen Beitrag möchte ich vor allem den 70 jährigen Professor Imre MOLNÁR begrüßen. Daneben möchte ich meinen besten Dank für die Alexander von Humboldt Stiftung äussern, dass sie meine Forschungen in Deutschland 5 Monate lang im Studienjahr 2003–2004 im Sonderprogramm Fritz Thyssen Stiftung generös gefördert hat. Ich möchte meinen getrennten Dank Herrn Professor Rolf KNÜTEL, dem Leiter des Institutes für Römisches Recht in Bonn sagen, mit dem wir stundenlang das Thema diskutiert haben, und der mit seinen inspirierenden Gedanken einen bedeutenden Beitrag zur Erstellung der vorliegenden Studie geleistet hat.

zurückzugeben, während bei *locatio* die Höhe der Unternehmergebühr erheblich von der Zeitdauer der Aufbewahrungspflicht abhängig war.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Quellen dafür sprechen, dass die entgeltliche Verwahrung auch im römischen Recht bekannt war. Da diesmal der Verwahrer für die Aufbewahrung auch Geld übernommen hat, hat seine Haftung nicht nur den Vorsatz (*dolus*), sondern auch die Fahrlässigkeit (*culpa*) umfasst, und der Verwahrer konnte sich nur wegen *vis major* entschuldigen, d.h. er wurde zur *custodia* verpflichtet. Die Lage des *conductor*, der die Verwahrung der Sache für Geld wahrgenommen hat, und die eines Verwahrers zeigen also Ähnlichkeiten bezüglich der Haftung. Wie wir es gesehen haben, es ist ein Charakteristikum des Verwahrungsvertrages, wenn sich die Parteien es anders nicht geregelt haben, dass der Deponent die Sache zu jeder Zeit zurückfordern konnte (Ulp. D.16.3.1.22). Meines Erachtens belastet die Rückgabepflicht den Verwahrer unbeschränkt, wenn er für die Verwahrung Geld bekommen hat. Hätte die Rückforderung in einem früheren Zeitpunkt stattgefunden, als diesen die Vertragsparteien bei der Übergabe bzw. Übernahme der Verwahrungsgebühr angenommen hätten, wurde der Betrag (*pretium depositionis*) trotzdem nicht heruntergesetzt. Der Deponent konnte also einen Teil des bereits geleisteten Betrages deshalb nicht zurückfordern, dass zu viel bezahlt wurde. Dafür wurde der Verwahrungspreis (*merces*) im Rahmen des Werkvertrages (z.B. bei einer Verwahrung durch den *horrearius*) je nach Zeitdauer festgelegt, und erst bei der Zurückgabe der Sache bezahlt. Zur Einleitung der *actio vi bonorum raptorum* waren auch die zu *custodia* verpflichteten neben dem geschädigten Eigentümer berechtigt. Da der unentgeltlich aufbewahrende Verwahrer nur für *dolus* haftete, war er daher auch zur Erhebung der Klage nicht berechtigt. Der beteiligte schuldnerische Unternehmer und der für Geld aufbewahrende Verwahrer sind zu *custodia* verpflichtet, so konnten sie bereits gegenüber dem Täter des Raubs auftreten. Zwischen den beiden Verträgen, wie dies Ulpianus betont (D. 47. 8. 2. 23) – und wie wir darauf auch in unserer Studie hingewiesen haben – ist zu differenzieren. Somit erwähnt das Fragment D. 47. 8. 2. 23 drei Rechtsverhältnisse, die unentgeltliche und die entgeltliche Verwahrung, sowie den Werkvertrag. Ein weiterer Vorteil der Auslegung nach drei separaten Verträgen besteht darin, dass diese auch mit sich auf die Verwahrung und Unternehmung beziehenden anderen Texte im Einklang steht, und wir sind nicht gezwungen auch den letzten Halbsatz des Fragments des Ulpianus (D. 47. 8. 2. 23) als interpoliert zu betrachten.

A bányamunkára ítélés szabályai a császárkori Rómában

A bányamunka-büntetés a principátus elején jelent meg a római jogban. Bevezetése nyilvánvalóan összefüggésben állt azzal, hogy véget értek a nagy hódító háborúk, s így jelentősen csökkent a bányákba küldhető hadifoglyok száma.¹ E büntetési nemet az egyiptomi uralkodók már régóta alkalmazták: valószínűleg e külföldi példa is hatott a rómaiakra.² Garnsey a forrásokban található „*metalli coercitio*” kifejezésből arra következtet, hogy a bányamunka-büntetés Rómában eredetileg a fegyelmezési jogkörben (*ius coercitionis*) kiszabható büntetések közé tartozott, s csak később vált törvényileg szabályozott büntetéssé.³ A klasszikus jogtudósok műveinek ránk maradt töredékeiből jól kitűnik, hogy e büntetési nem a III. századra részletes szabályozást nyert.

I. A bányamunka-büntetés helye a császárkor büntetési rendszerében

A klasszikus római jogban a büntetések egy jól átlátható, logikusan felépített, hierarchikus rendszert képeztek.⁴ E rendszer felvázolásakor Callistratus a kiszabható büntetéseket két nagy csoportba sorolja: megkülönböztet főbenjáró (*capitalis*) és nem főbenjáró (*non capitalis*) büntetéseket. Főbenjáró büntetésnek tekinti a legsúlyosabb büntetőjogi szankciót jelentő keresztre feszítést, élve elégetést és lefejezést, továbbá a bányamunka-büntetést, valamint a deportálást, ami a száműzés legszigorúbb következményekkel járó válfaját képezte. A klasszikus római jogtudomány kiemelkedő képviselője szerint tehát a halálbü-

¹ Vö. U. TÄCKHOLM: *Studien über den Bergbau der römischen Kaiserzeit*. Uppsala 1937, 132.

² Vö. TH. MOMMSEN: *Römisches Strafrecht*. Leipzig 1899, 950; ZLINSZKY J.: *Római büntetőjog*. Bp. 1997⁷, 86.

³ P. GARNSEY: *Social Status and Legal Privilege in the Roman Empire*, Oxford 1970, 132, 1. jz.

⁴ Vö. MOLNÁR I.: A császárkori Róma büntetési rendszere. *Acta Jur. et Pol.* Szeged. Tomus LVIII. (Bérczi Imre Emlékkönyv), Szeged, 2000. 365–383.

tetéshez – súlyosságát tekintve – a bányamunka-büntetés áll a legközelebb: „*proxima morti poena metalli coercitio.*”⁵

Paulus ettől némileg eltérően csoportosítja a büntetéseket. Három kategóriát különböztet meg: a legsúlyosabb büntetéseknek (*summa supplicia*) ő is a keresztre feszítést, az élve elégetést és a lefejezést tekinti, a közepes súlyú bűncselekmények esetében alkalmazható büntetések (*poenae mediocrium delictorum*) közé a bányamunka-büntetést, a gladiátor-iskolákba való ítélet és a deportálást sorolja, a legenyhébb büntetések (*poenae minimae*) között pedig a száműzés enyhébb formáiról, a közmunkára ítélestről és a fogságban tartásról tesz említést.⁶ Ami tehát a bányamunka-büntetés súlyát, a büntetések rendszerében elfoglalt helyét illeti, Paulus lényegében ugyanarra az álláspontra helyezkedik, mint Callistratus: a halálbüntetéshez a bányamunkára ítélet áll a legközelebb.

II. A bányamunka-büntetés különböző fokozatai

A bányamunkára ítéletnek három különböző fokozata létezett: (1) a *damnatio in metallum*, (2) a *damnatio in opus metalli* és (3) a *damnatio in ministerium metallicorum*.⁷ Az *in metallum* és az *in opus metalli damnatio* az I-II. században – amint a későbbiekben látni fogjuk – egyaránt életfogytig tartó büntetést jelentett; az elítéltek mindkét esetben rabszolgává váltak. E két büntetési kategória között Ulpianus két lényeges különbséget lát: (a) míg az *in metallum damnati* súlyosabb, az *in opus metalli damnati* könnyebb bilincset viselnek; (b) szökés esetén az *in opus metalli damnati* büntetésből átkerülnek az *in metallum damnati* kategóriájába, az *in metallum damnati* pedig ilyenkor súlyosabb büntetésben részesülnek:

„*inter eos autem, qui in metallum, et eos, qui in opus metalli damnantur, differentia in vinculis tantum est, quod, qui in metallum damnantur, gravioribus vinculis premuntur, qui in opus metalli, levioribus; quodque refugae ex opere metalli in metallum dantur, ex metallo gravius coercentur.*”⁸

Callistratus csupán ezt az utóbbi, a szökés eltérő következményeiben megmutatókozó különbséget említi a *metallum* és az *opus metalli* elhatárolásakor:

⁵ Call. D. 48,19,28 pr. A nem főbenjáró büntetések közé Callistratus a száműzés enyhébb típusait, továbbá a közmunkát és a botbüntetést sorolja, mivel ezek csupán az elkövető becsületét csorbítják, az életét és a szabadságát azonban meghagyják. A bányamunkára ítélet Iustinianus Institúciói szerint is főbenjáró büntetés (Inst. 4,18,2).

⁶ PS 5,17,2(3).

⁷ Vö. F. MILLAR: *Condemnation to Hard Labour in the Roman Empire, from the Julio-Claudians to Constantine*. *PBSR* 52 (1984), 139; B. SANTALUCIA: *Diritto e processo penale nell'antica Roma*. Milano 1998², 250 sk.

⁸ Ulp. D. 48,19,8,6.

„nec diversa poena est operis et metalli, nisi quod refugae operis non morte, sed poena metalli subiiciuntur.”⁹

Amint ebből és egy másik, szintén Callistratustól származó töredékből kitűnik, az *in metallum damnati* szökés esetén halálbüntetésben részesültek:

„qui in metallum damnati id admiserint, summo supplicio afficerentur.”¹⁰

A bányamunka-büntetés harmadik típusáról Ulpianus a következőket írja:

„in ministerium metallicorum feminae in perpetuum, vel ad tempus damnari solent... Et si quidem in perpetuum fuerint damnatae, quasi servae poenae constituuntur, si vero ad tempus, damnantur, retinent civitatem.”¹¹

Ezek szerint *in ministerium metallicorum* általában nőket ítélték. E büntetés életfogytig tartó és határozott idejű egyaránt lehetett: míg az előbbi esetben az elítéltek – az *in metallum* és az *in opus metalli damnati*-hoz hasonlóan – rab-szolgává váltak, az utóbbi esetben a szabadságukkal együtt a polgárjogukat is megtartották.

A különböző típusú bányamunkára ítélték valószínűleg más-más feladatokat láttak el a bánya területén, bár erről a jogi források nem tudósítanak bennünket.¹² Valamilyen szintű munkamegosztásnak minden bányában érvényesülnie kellett. Diodórosz szerint az egyiptomi aranybányákban a hosszú munkafolyamat egyes fázisait gondosan felosztották a munkások különböző csoportjai között: az idősebb férfiak és a nők feladatát például a kitermelés után apróra zúzott kövek malmokban történő porrá őrlése képezte.¹³ Véleményem szerint okkal feltételezhetjük, hogy a különböző kategóriájú elítéltek a bányamunka különböző fázisait látták el. A legnehezebb fizikai munkát, a kövek, ércek kibányászását minden bizonnyal az *in metallum damnati* végezték, míg a kibányászott anyagok további megmunkálása az *in opus metalli* és az *in ministerium metallicorum damnati* feladatát képezhette.¹⁴

A bányamunka-büntetés súlyát természetesen az is nagyban befolyásolta, hogy milyen bányába küldték a büntetetteket. Ulpianus állítása szerint olykor mészkő- és kénbányába is küldtek elítélteket, ami a rendes (átlagos) bányamunka-büntetésnél súlyosabb büntetést jelentett:

⁹ Call. D. 50,13,5,3.

¹⁰ Call. D. 48,19,28,14.

¹¹ Ulp. D. 48,19,8,8.

¹² Vö. MOLNÁR: i. m. 371 sk.

¹³ Diod. 3,12-14.

¹⁴ MOLNÁR IMRE szerint a nők feladatát a kényszermunkások ellátása, pl. a számukra való főzés képezte (i. m. 372, 18. jz.). Ez valóban könnyen elképzelhető.

„in calcariam quoque, vel sulphurariam damnari solent, sed hae poenae metalli magis sunt.”¹⁵

III. A bányamunkára ítéltetők személyek köre

Szabadokat és rabszolgákat egyaránt bányamunkára lehetett ítélni, amint ez Gordianus császár egyik leiratából világosan kitűnik:

„metalli supplicium tam ad personas liberas quam etiam ad serviles pertinet condiciones.”¹⁶

Az alábbiakban látni fogjuk, hogy a szabadok közül elsősorban az alacsonyrendű polgárokat (*humiliores*) sújtották e büntetéssel, az előkelők (*honestiores*) bányamunkára ítélesztését a jogszabályok szigorúan tiltották.¹⁷ Az előkelőket e privilégium valószínűleg már az I. században is megillette: Suetonius Caligula visszaélései között tesz említést arról, hogy a császár sok előkelő rangú férfit bányamunkára ítélt.¹⁸

A klasszikus kor jogászai a bányamunka-büntetéssel kapcsolatosan főként a városi tanácsosok és a katonák előjogait hangsúlyozták. Ulpianus kiemeli, hogy *decuriōt* semmilyen fajta bányamunkára sem szabad ítélni:

„*decuriones in metallum damnari non possunt, nec in opus metalli*”.¹⁹

Ugyanez a szabály vonatkozott a *decuriōk* gyermekeire is, még abban az esetben is, ha csak azután születtek, miután apjuk *decurio* lett.²⁰ A katonai büntetések felsorolásakor Modestinus hangsúlyozza, hogy katonákat nem szabad semmiféle bányamunkára ítélni: „*in metallum, aut in opus metalli non dabuntur*”.²¹ E privilégium Marcianus szerint a veteránokat és azok gyermekeit is megillette.²²

IV. A bányamunka-büntetéssel büntethető cselekmények köre

A bányamunka-büntetés a büntettek széles körében – a *libertusok patronusukkal szembeni durva magatartásától* a súlyosabb vagyon elleni bűncselekményeken keresztül a különféle vallási büntettekig – alkalmazható volt. Forrásaink szerint bányamunkára ítélték

¹⁵ Ulp. D. 48,19,8,10.

¹⁶ Gord. C. 9,47,11.

¹⁷ Vö. GARNSEY: i. m. 135 sk.; MILLAR: i. m. 128 sk.

¹⁸ Suet. Cal. 27.

¹⁹ Ulp. D. 48,19,9,11. Vö. Call. D. 48,19,28,5.

²⁰ Ulp. D. 50,2,2,2. Vö. Alex. C. 9,47,9.

²¹ Mod. D. 49,16,3,1.

²² Ant. C. 9,47,5; Marci. D. 49,18,3.

- azt a felszabadított rabszolgát, aki *patronus*-át tetteleg bántalmazta, vagy az ellen hamis vádat emelt, vagy ellene irányuló feljelentésre mást felbujtott, vagy ellene másokkal összeesküvést szőtt,²³ továbbá azt a *libertust*, aki feleségül akarta venni *patronáj*-át, *patronusa* feleségét vagy leányát;²⁴
- azt a rabszolgát, aki nem tudta bizonyítani azon (feltehetőleg hamis) állítását, mely szerint ura annak ellenére nem szabadította fel, hogy ő kifizette számára saját vételárát;²⁵
- a fegyvertelen *humilior* útonállót;²⁶
- azt, aki fürdőben követett el lopást vagy rablást;²⁷
- azt a *humiliort*, aki lopáson való tettenérésekor fegyverrel védekezett vagy éjjel betöréses lopást követett el;²⁸
- azt a *humiliort*, aki nappal a templomból kisebb értékű dolgot lopott;²⁹ továbbá aki császári bányából vagy az isteneknek szentelt pénzből lopott;³⁰
- azt a *humiliort*, aki más néglábu állatait elhajtotta;³¹
- azt a rabszolgát, aki hajótöréskor nagyobb értékű tárgyakat rabolt el;³²
- azt a rabszolgát, aki önszántából (tehát nem ura parancsára) rongált meg sírokat,³³ továbbá a sírhelyeket meggyalázó, s a holttesteket kifosztó *humiliort*;³⁴
- azt a *humiliort*, aki más kunyhóját, majorságát, termését, szőlőskertjét, olajfáit szándékosan felgyújtotta;³⁵
- azt a rabszolgát, aki saját elhatározásából (nem ura parancsára) a telkek közötti határköveket kiásta, kiszántotta, vagy a határt jelző fákat kidöntötte;³⁶
- a végrendelet-, egyéb okirat- vagy pénzhamisítást elkövető *humiliort*;³⁷
- azt a *humiliort*, aki perbeli képviselőként az általa képviselt személy iratait az ellenérdekű félnek kiszolgáltatta,³⁸ továbbá aki a peres fél által nála letétbe helyezett iratokat (az illető távollétében) másnak kiadta, vagy az okirat tartalmáról a perbeli ellenfelet tájékoztatta;³⁹

²³ Ulp. D. 1,12,1,10; 37,14,1.

²⁴ PS 2,19,9.

²⁵ PS 5,22,6; Marci. D. 40,1,5 pr.; Paul. D. 48,19,38,4.

²⁶ Call. D. 48,19,28,10.

²⁷ PS 5,3,5.

²⁸ Ulp. Coll. 7,4,2; 11,7,3; 11,8,3; D. 47,17,1; Paul. D. 47,18,2.

²⁹ PS 5,19,1; Ulp. D. 48,13,7(6) pr.

³⁰ PS 5,21a,1 = Paul. D. 48,19,38 pr.

³¹ PS 5,18,2; Paul. Coll. 11,2,1; Ulp. Coll. 11,7,2-3; D. 47,14,1,3.

³² Paul. D. 47,9,4,1.

³³ Const. CTh 9,17,1 = C. 9,19,2.

³⁴ PS 1,21,4-5; 5,19a,1 = Paul. D. 47,12,11; Ulp. D. 47,12,3,7.

³⁵ PS 5,20,2,5; Paul. Coll. 12,2,1; 12,3,2.

³⁶ PS 5,22,2.

³⁷ Plin. Ep. 10,58; PS 5,25,1,7,9; Paul. D. 48,19,38,7.

³⁸ PS 5,25,8 = Paul. D. 48,19,38,8.

³⁹ PS 5,25,10 = Paul. D. 48,19,38,9.

- a *stellionatust* elkövető plebejust;⁴⁰
- azt a *humiliort*, aki gondatlanságból emberölést követett el (fák metszésekor figyelmetlenül ledobott ággal mást agyonütött);⁴¹
- azt a *humiliort*, aki halált okozó testi sértést követett el (mást veszekedés közben úgy megütött, hogy az belehalt a sérülésbe);⁴²
- a *crimen iniuriae* elkövetőjét, különösen azt a *humiliort*, aki erőszakkal valószínűleg meg magánlaksértést;⁴³
- a durva személysértést (*atrox iniuria*) elkövető rabszolgát;⁴⁴
- azt, aki emberrablást követett el,⁴⁵ különösen azt a *humiliort*, aki szabadon született római polgárt, *libertinust* vagy idegen rabszolgát megkötözött, elrejtett, eladott vagy megvásárolt;⁴⁶ továbbá azt a rabszolgát, aki ura tudta nélkül idegen szolgát elrabolt, eladott vagy elrejtett;⁴⁷
- azt a *humiliort*, aki rabszolgának jósolt ura életének alakulásáról;⁴⁸
- azt a *humiliort*, aki serdületlen lányt megrontott;⁴⁹
- azt a rabszolganőt, aki titokban, gazdája tudta nélkül, házassághoz hasonló kapcsolatot létesített egy *decurióval*;⁵⁰
- azt a *humiliort*, aki magzatelhajtás céljából vagy szerelmi bájitalként másnak valamilyen szert adott;⁵¹
- azt a *humiliort*, aki a *lex Iulia de vi privata* rendelkezéseibe ütköző magatartást tanúsított, így pl. mást ingatlan birtokából fegyveres erőszakkal kivetett, vagy erre kísérletet tett, ebből a célból embereket fogadott fel; zavargás során gyújtogatott; temetési szertartást meggátolt vagy megzavart; száműzött személyt befogadott, elrejtett; nyilvános helyen fegyvert tartott magánál; fegyveresen templomokat, kapukat, középületeket foglalt el;⁵²
- azt a rabszolgát, aki ura parancsára követett el erőszakos büntetést;⁵³
- azt a *humiliort*, aki Egyiptomban a Nílus-menti védőgátakat megrongálta;⁵⁴
- azt a hosszabb időtartamú vagy életfogytig tartó közmunkára ítélt személyt, aki a büntetés elől megszökött;⁵⁵

⁴⁰ Ulp. D. 47,20,3,2. E büntetést követte el pl. az, aki a zálogtárgyon fennálló korábbi zálogjogot eltitkolta (Alex. C. 9,34,1; Phil. C. 9,34,4).

⁴¹ PS 5,23,12.

⁴² PS 5,23,4 = Paul. Coll. 1,7,2.

⁴³ PS 5,4,8.

⁴⁴ PS 5,4,22.

⁴⁵ Ulp. Coll. 14,3,6; Const. CTh 9,18,1 = C. 9,20,16; Herm. D. 48,15,7.

⁴⁶ PS 5,30b,1 = Paul. Coll. 14,2,2.

⁴⁷ PS 5,30b,2 = Paul. Coll. 14,2,3.

⁴⁸ PS 5,21,4.

⁴⁹ PS 5,22,5 = Paul. D. 48,19,38,3.

⁵⁰ Const. CTh 12,1,6 pr. = C. 5,5,3,1.

⁵¹ PS 5,23,14 = Paul. D. 48,19,38,5.

⁵² PS 5,26,3.

⁵³ Valent. II. CTh 9,10,4 = C. 9,12,8,1.

⁵⁴ Ulp. D. 47,11,10.

- az ellenség területére átszökött rabszolgát;⁵⁶
- azt a *humiliort*, aki katonaszökevényt bujtatott;⁵⁷
- azt a falusi vagy vagyontalan személyt, aki a helytartó vagy más bíró ítéletének ellenszegült;⁵⁸
- a keresztényüldözések idején (főként a II. század végén és a III. század elején) a keresztények jelentős részét;⁵⁹
- az ariánus eretnekséget követő császárok (főként II. Constantius, majd Valens) uralkodása idején a niceai hitelvekhez ragaszkodó, ortodox keresztényeket;⁶⁰
- az ortodox kereszténység államvallássá tétele (380) után azt, aki ingatlanát a pogány vallás híveinek rendelkezésére bocsátotta,⁶¹ továbbá az eretnekeket (pl. manicheusokat), s azok támogatóit.⁶²

V. A bányamunkára ítézés eljárásjogi szabályai

A bányamunka-büntetés kiszabása Rómában a városparancsnok (*praefectus urbi*) hatáskörébe tartozott: „*praefecto plane urbi specialiter competere ius in metallum damnandi*” – mondja Ulpianus egy császári rendeletre utalva.⁶³ A tartományokban a helytartónak állt jogában bányamunkára ítélni a bűnelkövetőket:

„*qui universas provincias regunt, ius gladii habent, et in metallum dandi potestas iis permissa est*”

- írja szintén Ulpianus.⁶⁴

A legfontosabb perjogi szabályok közé tartozott, hogy – a büntetés súlyosságára tekintettel – senkit sem lehetett a távollétében (*in absentia*) bányamunkára ítélni.⁶⁵ Ulpianus szerint az egyszerű száműzésnél (*relegatio*) súlyosabb büntetést, így például bányamunka- vagy halálbüntetést akkor sem szabad a

⁵⁵ Ulp. D. 48,19,8,7; Call. D. 48,19,28,14.

⁵⁶ Const. C. 6,1,3.

⁵⁷ Valent. CTh 7,18,1.8.

⁵⁸ Const. CTh 1,5,3.

⁵⁹ Tert. Apol. 12,5; 39,6. A keresztények bányamunkára ítéeléséről számos további forrás tanúskodik. Lásd J. G. DAVIES: *Condemnation to the Mines. A Neglected Chapter in the History of the Persecutions. University of Birmingham Historical Journal* 6 (1958), 99–107. Vö. SÁRY P.: *Bányamunkára ítélt keresztények a Római Birodalomban. Jel* 15 (2003), 264–266.

⁶⁰ Athan. Hist. Arian. 60; 72. További forrásokat lásd M. GUSTAFSON: *Condemnation to the Mines in the Later Roman Empire. Harvard Theological Review* 87 (1994), 421–433.

⁶¹ Leo C. 1,11,8,1.

⁶² Diocl. Coll. 15,3,7; Hon. CTh 16,5,40,7; Theod. II. CTh 16,5,65,3 = C. 1,5,5,1.

⁶³ Ulp. D. 48,19,8,5. Vö. Ulp. D. 1,12,1,10; 37,14,1; Marci. D. 40,1,5 pr.

⁶⁴ Ulp. D. 1,18,6,8. Vö. Plin. Ep. 10,58; Ulp. D. 37,14,1; Marci. D. 40,1,5 pr.; Gord. C. 9,2,6,1.

⁶⁵ Marci. D. 48,17,1,1; Gord. C. 9,2,6,1.

vádolt távollétében kiszabni, ha az illető makacsságból a szabályszerű idézés (*denuntiatio*) és a helytartó hirdetménye (*edictum praesidis*) ellenére sem jelent meg a tárgyaláson.⁶⁶ Ilyenkor a vádlottat valószínűleg hatósági erővel kellett előállítani.

VI. Az elítéltek státusza

Szabad ember bányamunkára ítélese esetén az ítélet legfontosabb jogkövetkezménye a szabadság elvesztése volt.⁶⁷ Az elítélt tehát ilyenkor a legnagyobb jogállapot-csökkenést (*capitis deminutio maxima*) szenvedte el; büntetésből rabszolgává vált. Amint Ulpianus rámutat, e jogkövetkezmény a *damnatio in metallum* és a *damnatio in opus metalli* esetében egyaránt bekövetkezett:

„*est poena, quae adimat libertatem, huiusmodi, ut puta si quis in metallum, vel in opus metalli damnetur*”.⁶⁸

A jogállapot-változást (*status permutatio*) már a marasztaló ítélet kiváltotta. Macer szerint ha a bányamunkára ítélték elítélésük után valamilyen büntetést követtek el, úgy kellett velük szemben eljárni, mint a bányamunkára ítéltelkekkel szemben, akkor is, ha még nem szállították el őket arra a helyre, ahol dolgozniuk kellett, mert már az ítélet kimondásakor megváltozott a jogállapotuk:

„*qui ex causa in metallum dati sunt, et post hoc deliquerunt, in eos tanquam metallicos constitui debet, quamvis nondum in eum locum perducti fuerint, in quo operari habent; nam statim, ut de his sententia dicta est, conditionem suam permutant*”.⁶⁹

A bányamunkára ítéelés harmadik típusánál, a *damnatio in ministerium metallicorum* esetén – mint már említettük – az elítélt csak akkor vált rabszolgává, ha életfogytig tartó büntetést kapott.

A bányamunkára ítélteteket a „büntetés rabszolgái”-nak (*servi poenae*) sajátos kategóriájába sorolták:

„*sunt quidam servi poenae, ut sunt in metallum dati, et in opus metalli*”

– mondja Marcianus;⁷⁰

„*in metallum, sed et in ministerium metallicorum damnati servi efficiuntur, sed poenae*”

⁶⁶ Ulp. D. 48,19,5 pr.

⁶⁷ Gai. D. 28,1,8,4; Ulp. D. 37,4,1,9.

⁶⁸ Ulp. D. 48,19,8,4.

⁶⁹ Mac. D. 48,19,10,1.

⁷⁰ Marci. D. 48,19,17 pr.

– írja Hermogenianus.⁷¹ A *servi poenae* jogi helyzetével kapcsolatban a legalapvetőbb kérdés az, hogy kinek a tulajdonában álltak ezek az elítéltek? Az biztos, hogy nem tartoztak magántulajdonba,⁷² akkor sem, ha elítélésük előtt magánszemélyek rabszolgái voltak. Ulpianus szerint kétségtelen, hogy rabszolgákat szokás bányamunkára vagy vadállatokkal való küzdelemre ítélni; az ilyenek a „büntetés rabszolgáivá” válnak, s nem tartoznak többé ahhoz a személyhez, akié elítélésük előtt voltak:

„*servos in metallum, vel in opus metalli, item in ludum venatorium dari solere, nulla dubitatio est; et si fuerint dati, servi poenae efficiuntur; nec ad eum pertinebunt, cuius fuerint, antequam damnarentur.*”⁷³

Mommsen szerint a *servi poenae* az állam tulajdonában álltak.⁷⁴ Helyesen mutat rá Diósdí, hogy ez a nézet téves, a *servi poenae* nem tartoztak a *servi publici* kategóriájába.⁷⁵ A források valóban ellentmondanak Mommsen állításának. Egy helyen Callistratus a következőket írja:

„*in metallum damnatis libertas adimitur, quum etiam verberibus servilibus coercentur. Sane per huiusmodi personas fisco nihil acquiri, divus Pius rescripsit; et ideo quod legatum erat ei, qui postea in metallum damnatus erat, ad fiscum non pertinere rescripsit, magisque ait poenae eos, quam fisci servos esse.*”⁷⁶

A jogtudós szerint tehát a bányamunkára ítélték elvesztik szabadságukat, s ezért a szolgáknak járó testi fenytésben is részesíthetők, az ilyen személyek által azonban a kincstár – Antoninus Pius egyik leirata értelmében – semmit sem szerezhet meg, s ezért amit hagyományként olyan valakire hagytak, akit később – a végrendelet elkészítése és a hagyaték megnyílása közötti időben – bányamunkára ítélték, az nem kerül kincstári tulajdonba, mert az ilyenek inkább a büntetés szolgái, semmint a kincstáré. Marcianus szintén úgy véli, hogy ha tartási joggon kívül végrendeleti úton bármit hagytak egy bányamunkára ítéltre, az erről szóló rendelkezést nem írotnak kell tekinteni, a juttatást a kincstár sem

⁷¹ Herm. D. 48,19,36. Vö. PS 3,6,29; Call. D. 49,14,12; Gord. C. 9,49,4. A bányamunkára ítélték mellett a *servi poenae* kategóriájába tartoztak a halálra ítélték (vö. Ulp. D. 28,3,6,6), továbbá a gladiatori játékokra (*ad gladium*) és a vadállatok elé vetésre (*ad bestias*) ítélték (vö. Ulp. D. 29,2,25,3), valamint azok, akiket a vadállatokkal való küzdelmekre felkészítő iskolába (*in ludum venatorium*) küldtek (vö. Ulp. D. 48,19,8,11-12). A *servi poenae* kategóriáját Iustinianus szüntette meg 536-ban (Iust. Nov. 22,8).

⁷² A *servi poenae* kategóriája tehát jóval szűkebb volt, mint a büntetésből rabszolgává váltak kategóriája, akik közül sokan az általuk elkövetett vagyoni bűncselekmények sértettjeinek tulajdonába kerültek. A SC *Claudianum* alapján rabszolgává vált nő például nem lett *serva poenae* (vö. W. W. BUCKLAND: *A Manual of Roman Private Law*. Cambridge 1953², 245).

⁷³ Ulp. D. 48,19,8,12.

⁷⁴ MOMMSEN: i. m. 948. ZLINSZKY: i. m. 86. Mommsen álláspontját osztja.

⁷⁵ DIÓSDI GY.: A servus publicus. *AntTan* 6 (1959), 3.

⁷⁶ Call. D. 49,14,12.

szerzi meg, mert az illető a büntetés szolgája, s nem a császáré, ahogy az Antoninus Pius rendelkezésében áll:

„*si in metallum damnato quid extra causam alimentorum relictum fuerit, pro non scripto est, nec ad fiscum pertinet; nam poenae servus est, non Caesaris; et ita divus Pius rescripsit.*”⁷⁷

Ezek után arra a következtetésre juthatunk, hogy a *servi poenae* sem magántulajdonban, sem köztulajdonban nem álltak.⁷⁸ Tulajdonos nélküli rabszolgák (*servi sine domino*) voltak,⁷⁹ a tulajdonosuk által derelinkvált szolgákhoz hasonlóan.⁸⁰ Az utóbbiaktól eltérően azonban nem lehetett őket okkupálni. Jogi helyzetük ezért leginkább az isteni jog alá tartozó dolgokéhoz (*res divini iuris*) hasonlított, melyek nem álltak senki tulajdonában, s nem is lehetett felettük tulajdont szerezni.⁸¹

VII. A bányamunkára ítélt nők gyermekeinek státusza

Több forrás is foglalkozik a bányamunkára ítélt nők által világra hozott gyermekek jogállásával. Ha az anya a szüléskor szabad volt, gyermeke természetesen szabadnak született,⁸² ha azonban a „büntetés rabszolgájaként” (*serva poenae*) szülte gyermekét, már egy kicsit bonyolultabb volt a helyzet. Először is azt kellett megvizsgálni, hogy mikor fogant a gyermek: anyja elítélése előtt vagy azt követően?

Antoninus Pius egyik rendelete értelmében a terhessége alatt bányamunkára ítélt nő gyermeke anyja elítélése előtti státuszát követte:

„*si ante conceptus est puer, de quo libellos didisti, quam mater eius in metallum daretur, natus condicionis eius est, cuius ante condemnationem mater eius fuit.*”⁸³

⁷⁷ Marci. D. 34,8,3 pr. Vö. Marci. D. 48,19,17 pr.

⁷⁸ Diódsi pontatlanul fogalmaz, s ezáltal önmagával is ellentmondásba keveredik, amikor azt írja, hogy „a rómaiak *servus publicus*-nak nevezték minden nem magánrabszolgát” (i. m. 1). A *servi poenae* – mint látjuk – nem voltak sem magánrabszolgák, sem *servi publici*.

⁷⁹ Vö. I. PFAFF: *Servitus poenae*, RE II/A/2 (1923), 1832; BUCKLAND: i. m. 41. A *servi poenae* jogállásáról részletesebben lásd U. ZILETTI: In tema di 'servitus poenae', *SDHI* 34 (1968), 32-109.

⁸⁰ A rabszolgák *derelictió*járól lásd BENEDEK F.: *Derelictio, occupatio, usucapio*. in: *JT* 5 (1983), 11 sk.

⁸¹ Gaius tankönyve szerint „*quod autem divini iuris est, id nullius in bonis est*” (Gai. 2,9; vö. Inst. 2,1,7). A iustinianusi jogban a tengerpartok sem tartozhattak senki vagyonába (Inst. 2,1,5).

⁸² Vö. Call. D. 48,19,28,6.

⁸³ Ant. C. 9,47,4.

Ha tehát a nő elítélése előtt szabad volt, gyermeke szabadnak született, ha viszont a nő rabszolga volt, rabszolgát hozott a világra. Utóbbi esetben a gyermek valószínűleg anyja korábbi gazdájának a tulajdonát képezte.

Abban az esetben, ha a gyermek már anyja elítélése után fogant, egyértelműen szolgának született. Az ilyen Ulpianus szerint hitbizomány útján fel lehetett szabadítani, s mint rabszolgát – magától értetődő módon – el is lehetett adni, ahogyan azt Antoninus Pius is megfogalmazta egyik leiratában:

„ex damnata in metallum concepto et nato fideicommissaria libertas dari poterit; quid mirum, quum etiam venundari eum posse quasi servum divus Pius rescripsit?”⁸⁴

Ebből arra következtethetünk, hogy az ilyen gyermek státusza eltérő volt az anyjától: a gyermek semmiképpen sem lehetett *servus poenae*, mert akkor nem lehetett volna sem felszabadítani, sem eladni. A gyermek valószínűleg állami rabszolgának (*servus publicus*) született.

VIII. A bányamunkára ítézés öröklési jogi következményei

Gaius szerint azok, akiket gladiátori játékokra, vadállatok elé vetésre vagy bányamunkára ítélnék, szabadságuk és vagyonuk elvesztése mellett nyilvánvalóan elvesztik végrendeleti öröklési képességüket is:

„hi vero, qui ad ferrum, aut ad bestias, aut in metallum damnantur, libertatem perdunt; unde apparet, amittere eos testamenti factionem.”⁸⁵

A végrendeleti öröklési képesség (*testamenti factio*) elvesztése mind a végrendelezési képesség (*testamenti factio activa*), mind a végrendeleti örököségi képesség (*testamenti factio passiva*) elvesztését maga után vonta.

Ulpianus azt írja, hogy a *servus poenae*, így például a halálraítélt, továbbá a vadállatok elé vetésre és a gladiátori játékokra ítélt személy végrendelete a marasztaló ítélet meghozatalának időpontjától érvénytelen, s nem csak az ítélet végrehajtásakor válik érvénytelenné:

„testamentum eius irritum fiet, et non tunc, quum consumtus est, sed quum sententiam passus est”⁸⁶

E szabály minden bizonnyal a bányamunkára ítézés következtében rabszolgává vált személyek végrendeletére is kiterjedt.

Ahogy Ulpianus írja – s amint azt már fentebb láttuk –, Antoninus Pius egyik leirata értelmében nem létezőnek kellett tekinteni azt a végrendeleti in-

⁸⁴ Ulp. D. 40,5,24,6.

⁸⁵ Gai. D. 28,1,8,4.

⁸⁶ Ulp. D. 28,3,6,6.

tézkedést, amely olyan személy örökössé nevezéséről szólt, aki gladiátori játékokra, vadállatok elé vetésre vagy bányamunkára ítéltése következtében a „büntetés rabszolgájává” vált:

„si quis plane servus poenae fuerit effectus, ad gladium vel ad bestias, vel in metallum damnatus, si fuerit heres institutus, pro non scripto hoc habebitur; idque divus Pius rescripsit.”⁸⁷

Az előzőekben már szó esett arról, hogy a bányamunkára ítélt személyek javára hagyott végrendeleti juttatást a kincstár nem szerezhette meg. Azt is láttuk, hogy annak a személynek az örökrésze vagy hagyománya sem került a kincstár tulajdonába, akit a végrendelet elkészítése és a végrendelkező halála közötti időben ítélték bányamunkára. Ezt az utóbbi szabályt Marcianus is megerősíti:

„sed etsi post testamentum factum heres institutus vel legatarius in metallum datus sit, ad fiscum non pertinet.”⁸⁸

A bányamunkára ítélték természetesen törvényes örökhagyói illetve örökös-i képességgel sem rendelkeztek. Az elítéltek után már csak azért sem lehetett semmiféle öröklésnek helye, mert a kincstár – amint azt az alábbiakban látni fogjuk – a teljes vagyonukat elkobozta. Scaevola szerint ha egy *libertus* betöréses lopás miatt bányamunkára ítélnék, *patronus*ának nem jár

bonorum possessio: „quaero de eo, qui libertum effracturae crimine accusavit. Respondit, si eiusmodi effracturae crimine accusatus sit, ex quo, si probaretur, in metallum datus esset, denegandam bonorum possessionem.”⁸⁹

Az elítélt vagyonából tehát még egykori gazdája sem részesedhetett.

A törvényes öröklés szempontjából fontos szabályt fogalmaz meg Ulpianus, amikor azt írja, hogy ha a hatalom alatti apa olyan büntetésben részesül, ami által a „büntetés rabszolgájává” válik, helyette a családfő után annak unokája – vagyis az elítélt gyermeke – örököl: „si qua poena pater fuerit affectus, ut ... servus poenae efficiatur, sine dubio nepos filii loco succedit.”⁹⁰

IX. A marasztaló ítélet egyéb jogkövetkezményei

Ha házasságban élő szabad embert ítélték bányamunkára, az elítélt házassága – rabszolgává válása következtében – automatikusan megszűnt. Ha az illető apai

⁸⁷ Ulp. D. 29,2,25,3.

⁸⁸ Marci. D. 34,8,3,1.

⁸⁹ Scaev. D. 38,2,48.

⁹⁰ Ulp. D. 1,6,7.

hatalommal (*patria potestas*) rendelkezett, természetesen az is megszűnt, gyermekei önjogúvá váltak.⁹¹

Rómában a büntetőeljárások során a vizsgálat tárgyává tett bűntényről információval bíró rabszolgákat mindig kínvallatás (*quaestio*) során hallgatták ki.⁹² Saját uruk ellen azonban a szolgákat szigorúan tilos volt vallatásnak alávetni.⁹³ Ezt a szabályt egyes esetekben kiterjesztve értelmezték. Papinianus szerint a bányamunkára ítélt rabszolgát nem szabad vallatni volt gazdája ellen, akkor sem, ha bevallotta, hogy segédkezett a büntett elkövetésében:

„*de servo in metallum damnato quaestionem contra eum, qui dominus fuit, non esse habendam, respondi; nec ad rem pertinere, si ministrum se facinoris fuisse confiteatur.*”⁹⁴

Egyes forráshelyekből arra következtethetünk, hogy a bányamunkára ítélteteket olyan jogok sem illették meg, amelyekkel a rabszolgák általában rendelkeztek. Például a bűnügyekben általában a rabszolgák feljelentését is elfogadták, sőt, ilyen esetekben a szolgák jutalomban is részesülhettek.⁹⁵ Marcianus viszont azt állítja, hogy a császári rendeletek megtiltották, hogy a bányamunkára ítéltet feljelentést tegyenek:

„*item constitutionibus principum prohibentur deferre illi, qui in metallum dati sunt.*”⁹⁶

A forrásokban néhol egészen triviális megállapításokkal is találkozhatunk. Marcianus például azt írja egy másik helyen, hogy azok, akik a „büntetés rabszolgáivá” váltak, nem szabadíthatnak fel rabszolgát, hiszen maguk is szolgák: „*qui poenae servi efficiuntur, indubitate manumittere non possunt, quia et ipsi servi sunt.*”⁹⁷

X. A főbüntetéshez kapcsolódó mellékbüntetések

A bányamunka-büntetéshez kapcsolódó legfontosabb mellékbüntetés – mint már említettük – a teljes vagyonelkobzás (*publicatio bonorum*) volt.⁹⁸ Az elítélt

⁹¹ Vö. Inst. I,12,3.

⁹² Vö. MOLNÁR I.: Tanúvallomások (kínvallatás) értékelése a bűnösség megállapításánál az ókori római büntetőjogban. *Acta Jur. et Pol.* Szeged. Tomus LIII. (Szabó András Emlékkönyv), Szeged, 1998. 243–250.

⁹³ Vö. PS 5,16,4-8.

⁹⁴ Pap. D. 48,18,17,3.

⁹⁵ Az a rabszolga például, aki feljelentette ura gyilkosát, jutalomból szabaddá vált (vö. Ulp. D. 29,5,3,13).

⁹⁶ Marci. D. 49,14,18,3.

⁹⁷ Marci. D. 40,1,8 pr.

⁹⁸ Gai. D. 28,1,8,4.

vagyona tehát az államkincstár (*fiscus*) tulajdonába került.⁹⁹ Érdekességként megemlíthető, hogy ha az elítélt a marasztaló ítélet ellen fellebbezett, majd – a fellebbezés elbírálása előtt – meghalt, Alexander Severus egyik leirata értelmében a vagyoneklobzást végrehajtották, kivéve, ha örökösei bizonyítani tudták, hogy a marasztaló ítélet méltánytalan volt.¹⁰⁰

A hozomány (*dos*) elkobzására külön szabályok vonatkoztak. Ulpianus szerint a hozományt csak akkor lehetett elkobozni, ha az asszonyt felségsértés (*crimen maiestatis*), nyilvános erőszak (*vis publica*), szülőgyilkosság (*parricidium*), méregkeverés (*veneficium*) vagy utcai rablógyilkosság (*crimen inter sicarios*) elkövetésében találták bűnösnek,¹⁰¹ ha a nő más büntett miatt vált a „büntetés rabszolgájává”, a hozomány ügyében úgy kellett eljárni, mintha az asszony meghalt volna („*quasi mortua sit*”).¹⁰²

A bányamunkára ítélték általában testi büntetésben is részesültek. Paulus szerint az éjszakai betörőket megbotozásuk után szokás bányamunkára adni: „*nocturni effractores, ... fustibus caesi in metallum dari solent*”.¹⁰³ Antoninus Pius egyik leirata értelmében azokat a rabszolgákat, akik hajótörés esetén nagyobb értékre követtek el rablást, megostorozták és bányamunkára ítélték: „*si gravior praeda vi appetita videbitur, ... servos flagellis caesos in metallum damnabis*”.¹⁰⁴ Euszebiosz szerint 303-ban, a Diocletianus-féle keresztényüldözés idején Pontuszban az elítélt keresztényeket a tartomány rézbányáiba hurcolásuk előtt borzalmasan megkínozták (egyik szemüket kivájták, s lábukat megcsonkították).¹⁰⁵ Szent Atanáz szerint 356-ban, az eretnek II. Constantius uralkodása idején Alexandriában bányamunkára ítélték egy ortodox szubdiakónust, akit a phainói rézbányába szállítása előtt kegyetlenül megostoroztak.¹⁰⁶ Theodorétosz küroszi püspök egyháztörténeti művében beszámol arról, hogy 373-ban, a szintén eretnek Valens uralkodása idején Alexandriában egy alkalommal huszonhárom ortodox szerzetest korbácsoltak és kínoztak meg bányába küldésük előtt.¹⁰⁷ A posztklasszikus korban a császári rendeletek egyes büntettek esetén a bányamunka-büntetés kiszabása mellett ólomgolyós korbáccsal (*plumbum*) való fenyítést írtak elő.¹⁰⁸ II. Theodosius és III. Valentinianus 428-ban kiadott közös rendelete értelmében a manicheusokat támogató rabszolgát testi fenyítés után (*post verbera*) kellett bányamunkára vinni,¹⁰⁹ I. Leo és

⁹⁹ Gord. C. 9,49,4; Ant. C. 9,51,2.

¹⁰⁰ Mac. D. 49,13 pr.

¹⁰¹ Ulp. D. 48,20,3.

¹⁰² Vö. Ulp. D. 48,20,5 pr.

¹⁰³ Paul. D. 47,18,2.

¹⁰⁴ Paul. D. 47,9,4,1.

¹⁰⁵ Eusz. Hist. eccl. 8,12,10.

¹⁰⁶ Athan. Hist. Arian. 60.

¹⁰⁷ Theod. Hist. eccl. 4,22,26.

¹⁰⁸ Hon. CTh 2,14,1,2; 16,5,40,7.

¹⁰⁹ Theod. II. CTh 16,5,65 = C. 1,5,5,1.

Anthemius pedig 472 körül úgy rendelkezett, hogy a pogány babonák követőit testi kínzás után (*post cruciatus corporis*) vigyék bányamunkára.¹¹⁰

XI. A büntetés végrehajtása

A marasztaló ítélet kihirdetése után gondoskodni kellett az elítéltek bányába szállításáról. Mivel nem volt minden tartományban bánya, az ilyen helyekről az elítélteket más – bányával rendelkező – tartományokba kellett átszállítani, ahogy azt Ulpianus is írja:

„*metalla autem multa numero sunt; et quaedam quidem provinciae habent, quaedam non habent; sed quae non habent, in eas provincias mittunt, quae metalla habent.*”¹¹¹

Szent Ciprián levelezéséből jól kitűnik, hogy a bányákban az elítéltek borzalmas körülmények között éltek.¹¹² 257-ben a karthágói püspök mély együttérzését kifejezve, s lelki vigasszal szolgálva hosszú levelet küldött a numidiai bányákban szenvedő keresztényeknek – köztük kilenc püspöknek, számos presbiternek és diakónusnak –, mely írására három válaszlevelet is kapott.¹¹³ Ciprián levelében utal az elítéltek bilincseire, botokkal (*fustes*) való ütlegelésükre, félig leborotvált fejükre (*semitonsus*), az élelem, a ruházat, a fekhelyek hiányára, a bányát elárasztó füstre, koszra, sötétségre.¹¹⁴ A bányamunkára ítélték által viselt különböző súlyú bilincsekről (*vincula*) fentebb már szó esett. Az elítéltek testi fenyegetésére Callistratus is utal, amikor azt mondja, hogy a bányamunkára ítélték elvesztik szabadságukat, s ezért a rabszolgákkal szemben szokásos módon fenézhetők:

„*in metallum damnatis libertas adimur, quum etiam verberibus servilibus coercentur.*”¹¹⁵

Az elítéltek haját valószínűleg azért vágták le félig, hogy másoktól könnyebben megkülönböztethetők legyenek. A források szerint a bányamunkára ítéltkre sokszor bélyeget (*stigma*) is sütöttek.¹¹⁶ Suetonius szerint Caligula az általa

¹¹⁰ Leo C. 1,11,8,1.

¹¹¹ Ulp. D. 48,19,8,4. MILLAR szerint (i. m. 142) az elítélteket kizárólag olyan bányákba vitték, melyek a császár tulajdonában álltak (*metalla Caesariana*).

¹¹² Vö. F. ORTH: Bergbau, RE Suppl. 4 (1924), 146; MILLAR: i. m. 124; D. LASSANDRO: I 'damnati in metalla' in alcune testimonianze antiche. *Coercizione e mobilità umana nel mondo antico* (a cura di M. Sordi), Milano 1995, 273 sk.

¹¹³ Cypr. Ep. 76 ill. 77–79.

¹¹⁴ Cypr. Ep. 76,2; vö. 77,3.

¹¹⁵ Call. D. 49,14,12.

¹¹⁶ Vö. C. P. JONES: Stigma. Tattooing and Branding in Graeco-Roman Antiquity. *JRS* 77 (1987), 148.

bányamunkára ítélt előkelő férfiakra bélyeget süttetett.¹¹⁷ Sokszor az elítéltek arcát is megjelölték; ezt a szokást 315-ben I. Constantinus törölte el, aki elrendelte, hogy a bányamunkára ítéltnek az arcuk helyett inkább a kezét vagy a lábát jelöljék meg, hogy az isteni szépséghez hasonlóra formázott arc semmiképpen se szennyeződjék be:

*„si quis in metallum fuerit pro criminum deprehensorum qualitate damnatus, minime in eius facie scribatur, cum et in manibus et in suris possit poena damnationis una scriptione comprehendere, quo facies, quae ad similitudinem pulchritudinis caelestis est figurata, minime maculetur.”*¹¹⁸

Szent Ciprián levele egyben azt is bizonyítja, hogy a bányamunkára ítélt számára engedélyezték a levelezést. Az elítéltek hozzátartozóiktól, barátaitól élelmiszersomagot és pénzt is kaphattak. Dionüsziosz korinthuszi püspök a 171 körül Szótér pápához küldött levelében hálásan megköszönte a római híveknek, hogy könnyítene a rászorulóknak nyomorúságán, és segélyekkel támogatják a bányákban levő testvéreiket.¹¹⁹ A 250 körül keletkezett, egyházfegyelmi szabályokat tartalmazó Didaszkália arra buzdította a híveket, hogy küldjenek élelmet a bányamunkára ítélt keresztényeknek, s pénzt azok őrzőinek az enyhébb bánásmód fejében.¹²⁰ A bányákban az elítéltek látogatását is engedélyezték. Szent Atanáz szerint a Maximinus Daia uralkodása alatt kitört keresztényüldözés idején Remete Szent Antal sorra felkereste az alexandriai bányákban sínylődő keresztényeket, hogy lelkileg megerősítse őket.¹²¹

Mint már említésre került, az *in metallum damnati* szökés esetén – ha kézre kerítették őket – halálbüntetésben részesültek. Euszebiosz szerint 311-ben Szilvanoszt, Gáza püspökét a phainói rézbányában harminckilenc társával együtt lefejezték, Péleusz és Neilosz egyiptomi püspököket pedig – szintén másokkal együtt – ugyanekkor, ugyanitt élve elégették.¹²² Nem tudjuk, hogy mi adott okot e kivégzésekre; elképzelhető, hogy a bányamunkára ítélt keresztények szökést kíséreltek meg.

Természetesen, ha az elítélt nem önszántából hagyta el a bányát, nem sújtották büntetéssel. Tryphoninus szerint a császári rendeletek értelmében ha az ellenség egy bányamunkára ítéltet elrabol, a váltságdíj kifizetése után folytatódik a büntetés végrehajtása, az elítélt azonban nem kap olyan büntetést, mintha megszökött volna, a váltságdíj kifizetője pedig a kincstártól jutalomban részesül: *„ergo de metallo captus redemptus in poenam suam revertetur; nec tamen ut*

¹¹⁷ Suet. Cal. 27.

¹¹⁸ Const. CTh 9,40,2 = C. 9,47,17.

¹¹⁹ Eusz. Hist. eccl. 4,23,10.

¹²⁰ Didaszkália 19.

¹²¹ Athan. Vita Ant. 46.

¹²² Eusz. Hist. eccl. 8,13,5.

*transfuga metalli puniendus erit, sed redemptor a fisco pretium recipiet; quod etiam constitutum est ab imperatore nostro et divo Severo.*¹²³

XII. A büntetés időtartama

A *damnatio in metallum* és a *damnatio in opus metalli* eredetileg egyértelműen életfogytig tartó büntetést jelentett.¹²⁴ Ha szabad embert határozott időre ítélték bányában végzendő kényszermunkára, az illető nem vesztette el szabadságát, s az ilyet nem is tekintették jogilag bányamunkára ítéltnek. Callistratus szó szerint idézi Hadrianus egyik leiratát:

„in opus metalli ad tempus nemo damnari debet, sed qui ad tempus damnatus est, etiamsi faciet metallicum opus, non in metallum damnatus esse intelligi debet, huius enim libertas manet, quemadmodum etiam his, qui in perpetuum opus damnantur. Proinde et mulieres hoc modo damnatae liberos pariunt.”¹²⁵

Ezek szerint tehát senkit sem volt szabad határozott időre bányamunkára ítélni; azt, akit határozott időre ítélték el, nem tekintették bányamunkára ítéltnek akkor sem, ha az illető ténylegesen bányamunkát végzett, az ilyen személynek a szabadsága megmaradt, ugyanúgy, mint annak, akit életfogytig tartó közmunkára ítélték. Ebből fakadóan a határozott időtartamú bányamunkára ítélt nők szabad jogállású gyermekeket szültek.

Később azonban – ahogy Millar rámutat – a határozott időre szóló bányamunka-büntetés vált általánossá.¹²⁶ Modestinus már azt írja, hogy akit bírói járatlanság folytán határozatlan időre ítélték bányamunkára, úgy kell tekinteni, mintha tíz évre ítélték volna el:

„sine praefinito tempore in metallum dato, imperitia dantis decennii tempora praefinita videntur.”¹²⁷

Egyes posztklasszikus császári *constitutiók* kétéves időtartamra (*ad biennii tempus*) szóló bányamunka-büntetésről rendelkeznek.¹²⁸

¹²³ Tryph. D. 49,15,12,17.

¹²⁴ MOMMSEN azt írja a bányamunkára ítéletekről, hogy „*sie wird nur auf Lebenszeit erkannt*” (i. m. 949). GARNSEY szintén azt írja, hogy mind a *metallum*, mind az *opus metalli* „*life sentence*” volt (i. m. 132 sk.).

¹²⁵ Call. D. 48,19,28,6.

¹²⁶ MILLAR: i. m. 139.

¹²⁷ Mod. D. 48,19,23.

¹²⁸ Vö. Const. CTh 1,5,3. A posztklasszikus forrásokban található „örökös bányamunka-büntetés” (vö. Hon. CTh 2,14,1 = C. 2,14,1,2: „*perpetuis metallorum suppliciis deputentur*”) kifejezés is arra utal, hogy a bányamunkára ítézés ebben a korban már nem minden esetben jelentett életfogytig tartó büntetést.

XIII. A kegyelemben részesítettek státusza

A rómaiak jól ismerték a végrehajtási kegyelem (*indulgentia*) intézményét;¹²⁹ a történetírók munkáiban sokszor olvashatunk például a száműzöttek visszahívásáról.¹³⁰ A források szerint a császárok gyakran a bányamunkára ítélteteket is kegyelemben részesítették. Hippolitosz püspök tudósítása szerint Fuscianus *praefectus urbi* 188-ban vagy 189-ben keresztény hite miatt elítélte és a szardíniai bányába küldte Callixtust, a későbbi pápát, aki végül Marciának, Commodus császár szeretőjének közbenjárására szabadult ki a bányából.¹³¹ Euszebiosz, a történetíró caesareai püspök szerint a keresztényellenes császári rendeletek visszavonása után nyomban szabadon bocsátották a keresztény vallásuk miatt bányamunkára ítélteteket.¹³²

Bizonyos feltételek mellett a tartományi helytartók is megkegyelmezhettek a bányákban dolgozó elítélteknek. Modestinus szerint Antoninus Pius császár egyik leirata értelmében a helytartó szabadon bocsáthatja azokat a bányamunkára ítélteteket, akik betegségük vagy idős koruk miatt legyengülve már nem képesek munkát végezni, ha vannak rokonaik, s legalább tíz évet dolgoztak a bányában:

*„in metallum damnati, si valetudine, aut aetatis infirmitate inutiles operi faciundo deprehendantur, ex rescripto divi Pii a praeside dimitti poterunt, qui aestimabit de his dimittendis, si modo vel cognatos, vel affines habeant, et non minus decem annis poena sua functi fuerint.”*¹³³

Felmerül a kérdés, hogy a kegyelem révén az elítéltek milyen státuszúvá váltak? A forrásokból egyértelműen kitűnik, hogy ha egy bányamunkára ítélt rabszolga a császár kegyelméből felszabadult a büntetés alól, nem került vissza korábbi gazdája hatalmába. Ulpianus egyetért azzal a császári leirattal, mely ezt a szabályt megfogalmazta:

*„denique quum quidam servus in metallum damnatus beneficio principis esset iam poena liberatus, imperator Antoninus rectissime rescripsit, quia semel domini esse desierat servus poenae factus, non esse eum in potestatem domini postea reddendum.”*¹³⁴

¹²⁹ Vö. W. REIN: *Das Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinianus*. Leipzig 1844, 264 sk.; MOMMSEN: i. m. 478 sk.; W. WALDSTEIN: *Untersuchungen zum römischen Begnadigungsrecht*. Innsbruck 1964, 130 sk.; MOLNÁR: i. m. 382.

¹³⁰ Lásd pl. Suet. Cal. 15; Claud. 12; Plin. Ep. 4,9; Tac. Ann. 12,8; 13,11; 14,12; Hist. 1,90; 2,92; Plut. Otho 1.

¹³¹ Hipp. Phil. 9,12.

¹³² Eusz. Hist. eccl. 9,1,7.

¹³³ Mod. D. 48,19,22.

¹³⁴ Ulp. D. 48,19,8,12. Vö. Ulp. D. 40,5,24,5.

A bányamunkára ítélt – korábban magántulajdonba tartozó – rabszolgák a kegyelmi aktus által állami rabszolgákká (*servi publici*) váltak.¹³⁵ Erre Ulpianus is utal egy helyen, ahol azt írja, hogy a bányamunkára ítélt rabszolga nem reménykedhet a szabadságban, ha azonban a császár kegyelme folytán felszabadul a büntetés alól, s a kincstáré lesz, reménykedhet abban, hogy hitbizomány útján szabaddá válik:

*„si servus in metallum fuerit damnatus, libertatem sperare non poterit. Quid ergo, si fideicommissaria libertas ei relicta sit, et poena metalli indulgentia principis sit liberatus? Et est rescriptum ab imperatore nostro, hunc in dominium prioris domini non restitui; cuius tamen sit, non adiicitur; certe quum fisci efficiatur, sperare potest fideicommissariam libertatem.”*¹³⁶

Valerianus és Gallienus egyik közös rendeletében szintén az olvasható, hogy a bányamunkára ítélt, majd kegyelemben részesített rabszolgát korábbi tulajdonosa nem kapja vissza, s ha a korábbi tulajdonos valamely vagyontárgya a szolgánál van, annak ügyében a kincstári ügyészhez kell fordulni, mert a szolga a kincstáré:

*„frastra adhuc servum esse tui iuris existimas, qui in metallum datus poena eius postea liberatus est. Per huiusmodi enim indulgentiae occasionem integrari dominium prius non placuit. Verum idcirco tamen impune tibi eum praeses provinciae iniuriosum esse non patietur. Quod si quid rerum tuarum tenet, procurator vobis iudex erit: fisci enim coepit esse mancipium.”*¹³⁷

Az, hogy a kényszermunkára ítélt rabszolgák a büntetés alól való felszabadulásukkal állami szolgákká váltak, az ifjabb Plinius egyik leveléből is egyértelműen kitűnik. A bithyniai helytartó itt arról számol be Traianus császárnak, hogy „*némelyek, akiket kényszermunkára, gladiátori fellépésre, vagy hasonló büntetésre ítélték, az állami rabszolgák feladatkörét és teendőit látják el*”, azt állítván, hogy „*könyörgésükre a proconsul vagy a legatus rendelte el felmentésüket.*”¹³⁸

Ha a bányamunkára ítélt személy elítélése előtt szabad ember volt, a kegyelem folytán visszanyerte szabadságát. Az elítélt *libertinus*oknak a kegyelmi aktus révén – mint majd látni fogjuk – visszaállt az eredeti kapcsolatok

¹³⁵ DÍÓSDI azt írja, hogy „a *servus poenae*, ha a büntetés alól felszabadult, *servus publicus*-szá lett” (i. m. 2). Ez természetesen csak abban az esetben volt így, ha az elítélt elítélése előtt rabszolga volt.

¹³⁶ Ulp. D. 40,5,24,5.

¹³⁷ Valer. C. 9,51,8.

¹³⁸ Plin. Ep. 10,31; Maróti E. ford.

*patronus*ukkal. Ha pedig az elítélt *ingenuus* volt, a *servitus poenae* megszűnése után újból a szabadon születettek közé tartozott.¹³⁹

XIV. A végrehajtási kegyelem egyéb jogkövetkezményei

Ulpianus szerint ha egy katona a végrendeletében olyan embert nevez ki örököségévé, aki a „büntetés rabszolgája”, a kinevezés érvénytelen, ha azonban az örökössé nevezett illető a végrendelkező halálának időpontjáig – kegyelem folytán – visszanyeri polgárjogát, az örökössé nevezés érvényessé válik:

*„si servum poenae heredem scribat, institutio non valebit. Sed si mortis tempore in civitate inveniatur, institutio incipit convalescere, quasi nunc data hereditate.”*¹⁴⁰

Szintén Ulpianus írja a *bonorum possessio contra tabulas* igénybe vételére jogosultak körének tisztázásakor, hogy azt a *filiust*, akit előbb bányamunkára vagy más olyan büntetésre ítélték, aminek következtében rabszolgává vált, majd kegyelem folytán visszahelyezték eredeti jogállapotába, megilleti a jogsegély, egyébként (kegyelmi aktus hiányában) azonban nem:

*„si filius in metallum damnatus, vel alia poena, quae servum efficit, restitutus sit, nihilominus admittetur; aliter non.”*¹⁴¹

Hermogenianus szerint ugyanez a helyzet, ha mindez az apával történt: *„idemque est, et si pater poenae servus efficiatur, et postea restituatur.”*¹⁴²

Ismét Ulpianus írja, hogy az a *filius*, aki az anyja halálakor római polgár volt, de az öröksége átvétele előtt rabszolgává vált, törvényes örökségét akkor sem kapja meg, ha később visszanyerte szabadságát, kivéve azt az esetet, ha a „büntetés rabszolgájává” vált, s később a császár kegyelméből visszaszerezte eredeti jogállapotát:

*„filio, qui mortis tempore matris civis Romanus fuit, si ante aditam hereditatem in servitutum deducatur, legitima hereditas non defertur, nec si postea liber factus sit, nisi forte servus poenae effectus beneficio principis sit restitutus.”*¹⁴³

Paulus szerint az a végrendeleti úton alimentációs jogot nyert személy, akit bányamunkára ítélték, majd akinek császári kegyelem folytán visszaállították eredeti jogállapotát, jogosan szerezte meg a korábbi (elítélése előtti) években nyújtott szolgáltatást, és jár neki a következő évekre is az ellátás:

¹³⁹ Vö. PFAFF: i. m., 1832.

¹⁴⁰ Ulp. D. 29,1,13,2.

¹⁴¹ Ulp. D. 37,4,1,9.

¹⁴² Herm. D. 37,4,2.

¹⁴³ Ulp. D. 38,17,1,4.

„is, cui annua alimenta relictas fuerant, in metallum damnatus, indulgentia principis restitutus est, respondi, eum et praecedentium annorum recte cepisse alimenta, et sequentium debere ei.”¹⁴⁴

Pomponius szerint Aristo azt válaszolta Neratius Appianusnak, hogy ha úgy végrendelkeztek, hogy a szolga harminc éves korában szabad legyen, s a szolgát e kor elérése előtt bányamunkára ítélték, majd kegyelmet kapott, a szabadsággal együtt kétség kívül megkapja a neki rendelt hagyományt, e jogától ugyanis a bányamunka-büntetés végleg nem fosztja meg, s ha az említett feltétellel örökössé volt nevezve, az örökséget is megszerzi mint szükségképpeni örökös:

„Aristo Neratio Appiano rescripsit, testamento liber esse iussus, quum annorum triginta esset, antequam ad eam aetatem perveniret, si in metallum damnatus sit, ac postea revocetur, sine dubitatione cum libertate legatum ad eum pertinere, neque metallorum poena ius eius mutari. Nec aliud, si heres esset sub conditione institutus, futurum enim eum etiam necessarium.”¹⁴⁵

E forráshelyek mind azt igazolják, hogy a végrehajtási kegyelemben részesített elítéltek az öröklési jog terén minden korábbi jogukat visszanyerték. A forrásokból az is jól kitűnik, hogy a kegyelmi aktus a *patronus* jogokat is visszaállította. Hermogenianus szerint ha a deportált vagy bányamunkára ítélt *patronus* vagy *libertus* kegyelem folytán visszakerül eredeti jogállapotába, feléled a *ius patronatus* és a *patronus*nak jár a *bonorum possessio contra tabulas*:

„sive patronus, sive libertus deportetur, et post restituatur, amissum patronatus et petendae contra tabulas bonorum possessionis ius recipitur; quod ius servatur, et si in metallum patronus vel libertus damnatus restituatur.”¹⁴⁶

Ulpianus szintén azt írja, hogy a bányamunkára ítélt, majd kegyelemben részesített *patronus* jogai *libertus*ával szemben éppúgy visszaállnak, mint a deportálást követő végrehajtási kegyelem esetén, mivel a rabszolgaság sem törli el végleg a *ius patronatus*-t:

„ad successionem liberti patronus deportatus et restitutus admittitur. Sed si in metallum damnatus restituatur, numquid servitus poenae extinguat ius patronatus etiam post restitutionem? Et magis est, ut non extinguat servitus ius patronatus.”¹⁴⁷

A kegyelem a rabszolgává válással megszűnt rokoni kapcsolatokat is helyreállította. Paulus azt írja, hogy ha egy bányamunkára ítélt terhes nő a szülés után a

¹⁴⁴ Paul. D. 34,1,11.

¹⁴⁵ Pomp. D. 40,4,46.

¹⁴⁶ Herm. D. 37,14,21 pr.

¹⁴⁷ Ulp. D. 48,23,1.

császár kegyelméből visszanyeri eredeti (szabad) jogállapotát, a (szabad jogállásúnak született) gyermekével való vérrokonságán alapuló jogait is visszaszerzi a humánusabb nézet szerint:

*„in metallum damnata mulier eum, quem prius conceperat, edidit, deinde a principe restituta est; humanius dicitur, etiam cognationis iura huic restituta videri.”*¹⁴⁸

A kegyelemben részesített személyek a közjogi jogosultságait is visszaszerezték. Ulpianus szerint a kegyelemből jogaiba visszaállított bányamunkára ítélt személyt úgy kell tekinteni, mintha el sem ítélték volna, elláthat tisztségeket, betölthet méltóságokat, szomorú sorsa, balszerencséje tehát nem zárja ki azt, hogy szülőföldjének méltó polgára legyen:

*„si in metallum datus in integrum restitutus sit, perinde ac si nec damnatus fuisset, ad munera vel honores vocatur; nec opponet fortunam et casus tristiores suos ad hoc solum, ne patriae idoneus civis esse videatur.”*¹⁴⁹

Az elkobzott vagyontárgyaikat azonban a kegyelemben részesített elítéltek a szabadságukkal együtt nem kapták automatikusan vissza. Gordianus császár egyik rendelete értelmében ha a bányamunkára ítélt – aki az ítélet folytán a büntetés rabszolgájává vált, s akinek a vagyonát a kincstár javára elkobozták – kegyelemben részesül, visszanyeri szabadságát, de vagyonát nem kapja vissza, az továbbra is a kincstáré marad:

*„in metallum damnatus poenae servus efficitur et ideo eiusmodi sententiam passi bona vindicantur rationibus fisci. Quare si quid rerum habuit is, quem postea indulgentia liberatum esse proponis, ad ius fisci potius quam ad ipsius dominium pertinet.”*¹⁵⁰

Antoninus Severus egyik rendeletéből arra következtethetünk, hogy a kegyelemben részesített bányamunkára ítélték a szabadságukkal együtt csak akkor kapták vissza elkobzott vagyonukat, ha erre nézve külön kedvezményben részesültek:

*„cum patrem tuum in metallum damnatum fuisse proponas eiusque bona merito a fisco occupata sunt, non ideo, quod ex indulgentia mea poena tantummodo metalli liberatus esset, etiam bonorum restitutionem impetravit, nisi speciale beneficium super hoc fuerit impetratum.”*¹⁵¹

E kedvezmény a kötelezettségeket is növelte. Alexander Severus rendelkezése értelmében a bányamunkára ítélt, majd kegyelemben részesített gyámot csak

¹⁴⁸ Paul. D. 48,23,4.

¹⁴⁹ Ulp. D. 50,4,3,2.

¹⁵⁰ Gord. C. 9,49,4.

¹⁵¹ Ant. C. 9,51,2.

akkor lehet perelni *actio tutelae administratae* nevű keresettel, ha az illető a vagyonát is visszakapta:

„*tutor filiorum, quorum te bonorum possessionem accepisse dicis, in metallum damnatus et postea ex indulgentia generali regressus, quamquam locupletior sit, actione tutelae administratae tibi non tenetur, si non gratia sententiae facta specialiter statum pristinum cum bonis recuperaverit.*”¹⁵²

Mindebből jól látszik, hogy a büntetés előtti méltóság illetve státusz visszaállítása (*restitutio dignitatis / restitutio status pristini*) és a vagyoni helyzet visszaállítása (*restitutio in bona*) két különböző aktus volt;¹⁵³ míg az előbbi az utóbbi nélkül is elrendelhető volt, az utóbbi kedvezményt nyilvánvaló módon csak az előbbivel együtt adták meg.

PÁL SÁRY

THE RULES OF CONDEMNATION TO THE MINES IN IMPERIAL ROME

(Summary)

Condemnation to the mines was already well-known in the Roman Empire in the first century A.D., but the detailed legal rules of this capital penalty developed only in the second and third century. There were three different types of sentencing to the mines: (1) *damnatio in metallum*, (2) *damnatio in opus metalli*, (3) *damnatio in ministerium metallicorum*. The *damnati in metallum* were weighed down with heavy chains, and they were punished by death in case of escape. The *damnati in opus metalli* were weighed down with lighter chains, and they were sentenced to *metallum* in case of escape. Both *metallum* and *opus metalli* meant a life sentence (this rule was changed only in the later period of the empire when the fixed-term sentences became normal), the condemned persons lost their liberty. Women were usually sentenced to *ministerium metallicorum*, either permanently or for a period. If they were condemned in perpetuity, they became slaves, but if they were sentenced for a fixed period, they retained their liberty and citizenship. There had to be a division of labour in every mine, and the work of the *damnati in metallum* was probably heavier than the work of the other convicts.

¹⁵² Alex. C. 9,51,4.

¹⁵³ Vö. REIN: i. m. 271.

Usually slaves and inferior citizens were sent to the mines, the decurions, soldiers, veterans and their children were exempted from this punishment. Condemnation to the mines could be imposed by the urban prefect or the provincial governor in case of burglary, theft from a bath, rustling, violation of a tomb, sacrilege, kidnapping, outrage, fire-raising, forgery, swindling, Christianity and many other crimes. In view of severity of this penalty nobody could be condemned in his absence.

The condemned persons became “slaves of the penalty” (*servi poenae*). They were not public slaves (*servi publici*); they had not owner (*servi sine domino*). They were in a similar position as the *servi derelicti*, but they could not be acquired by *occupatio*. So they were in a similar legal position as the *res divini iuris* which could not be objects of ownership.

Condemnation to the mines went with confiscation of the whole property. The condemned person had no right of making a will or receiving from a will. His matrimony ceased to exist, and he lost his fatherly power.

In the mines the convicts lived in terrible circumstances. They were beaten with clubs, their skin was tattooed, and half of their hair was shaved. But they were allowed to carry on correspondence, get packs, and receive visitors.

The convicts could be pardoned by the emperor. If they had been slaves before their condemnation, the ownership of their masters was not restored, they became public slaves. Liberty, citizenship, right of inheritance, right of patronage, blood relationship was restored easily by pardon, but recovery of the confiscated property was possible by only a further special favour.

P. SZABÓ BÉLA

Lackner Kristóf első nyomtatott jogi munkája*

Lackner Kristóf (1571–1631), Sopron tudós polgármestere, a 16–17. század fordulójának egyik legjelentősebb magyar jogásza volt. A rendkívül sokoldalú egyéniség 32 éven át vezette Nyugat-Magyarország legjelentősebb városát. Mindmáig Sopron legnevesebb polgárai között tartják nyilván. Mind közéleti, mind irodalmi munkásságában fáradhatatlan volt. Irodalomtörténetünk egyik kiemelkedő alakjának számít az újsztoikus filozófia képviselőjeként. Rendkívül jelentős irodalmi munkássága többretű: divatos morális és politikai bölcsekedő közhelyek didaktikus szépirodalmi feldolgozása mellett, melyek életművének nagy részét alkotják, jelentősek szakirányú, jogi művei is, annak ellenére, hogy városának vezető tisztviselőjeként elsősorban gyakorlati jogásznak tekinthetjük.

Személye jelentőségének megfelelően Lackner élete és irodalmi munkássága mind a régebbi kultúrtörténeti munkákban és lexikonokban,¹ mind századunk irodalomtörténészeinek munkáiban igen részletes feldolgozást kapott.² Annál

* Készült a Bolyai János Kutatási Ösztöndíj és az OTKA F 13588 támogatásával.

¹ DAVID CZVITTINGER: *Specimen Hungariae literatae. Accedit Bibliotheca Scriptorum quae extant de rebus Hungaricis*. Francofurti–Lipsiae, 1711, 224–224.; BOD PÉTER: *Magyar Athenas*. 1766, 154.; ALEXIUS HORÁNYI: *Memoria Hungarorum et provincialium scriptis editis notorum*. Viennae–Posonii, II, 454.; C. WURZBACH: *Biografisches Lexikon des Kaiserthum Österreich*. Wien, 1856–1897, XIV, 9–10.; SZINYEI JÓZSEF: *Magyar írók élete és munkái*. Budapest, 1891–1914, VII, 610.

² PAYR SÁNDOR: *Emlékezés Doktor Lackner Kristófról, Sopron szab. kir. város első nagy polgármesteréről, halálának háromezredados évfordulóján*. Sopron, 1932.; ANGYAL ENDRE: Lackner Kristóf és a barokk humanizmus kezdetei. *Soproni Szemle*, (1944), 1–18.; KOVÁCS JÓZSEF LÁSZLÓ: *Lackner Kristóf és kora*. Sopron 1972.; BOROS LAJOS: Egy késői humanista római jogász: Lackner Kristóf. *Jogtörténeti tanulmányok* 3, Szerk. CSIZMADIA Andor, Budapest, 1974, 139–151.; *A magyar irodalom története 1600-tól 1772-ig*, Szerk. KLANICZAY TIBOR, II, Budapest, 1964, 40.; KOVÁCS JÓZSEF LÁSZLÓ tanulmánya *Lackner Kristóf Florilegus Aegypticus in agro Semproniensti. Maiestatis Hungariae aquila* című művének kiadásához. *Bibliotheca Hungarica Antiqua* XIX–XX. Budapest, 1988. Az életével és munkásságával kapcsolatos munkákra vö. STOLL BÉLA – VARGA IMRE – V. KOVÁCS SÁNDOR: *A magyar irodalomtörténet bibliográfiája 1772-ig*. Budapest, 1972, 434.

meglepőbb, hogy első nyomtatásban megjelent munkájáról sokáig – létén kívül – nem tudtak semmit, még címét és tárgyát sem. Ez a Grácban kinyomtatott *Theses*³ a '70-es évek elején került napvilágra⁴ és Lackner életének legjelentősebb mai ismerője, Kovács József László rövid ismertetésén⁵ kívül ismeretlen maradt a tudományos közvélemény előtt. A nyomtatvány előkerülése azzal kapott nagyobb nyilvánosságot, hogy a Régi Magyar Könyvtár III. kötetéhez készült kiegészítések között Keller nyomán feltűntették, hogy a Gráci Nemzeti Könyvtárban egy példányban fellelhető egy 1592-ben kinyomtatott téziszfüzet, mely dolgozat *respondense*ként Lackner Kristóf, míg a vitatkozás elnökeként bizonyos Nicolaus Gablmann van feltüntetve.⁶

Azzal, hogy Lackner Kristóf, az európai jogi hagyományok egyik legjelesebb hazai ismerője ezen első jogirodalmi próbálkozásának fordítását közreadjuk, feltárva a munka keletkezési körülményeit kívánunk tisztelni Molnár Imre Professzor Úr előtt. Ugyanakkor ezáltal a koraújkorban Európa különböző jogi karain a magyarországi joghallgatók által megvédett *disputatiók* közül a legkorábban keletkezett kerül bemutatásra és elemzésre.⁷ A munkában a magyar jogtudományi irodalom egyik legelső zsebéjét is tisztélhetjük, s ez a tény már önmagában is méltóvá teszi a kis füzetet az ünnepeelt kései római jogász és a szélesebb tudományos közvélemény figyelmére.

A helyszín

A gráci protestáns tartományi iskola (*Landschaftsschule–illustre gymnasium*) létrehozásának gondolatával a stájer tartományi gyűlés már 1541 márciusában foglalkozott. Az ekkor megszületett határozat azonban csak 1544-ben vált valóra.⁸

³ *THESES DE USUCAPIONIBUS, DONAT. ET SEQQ. II. TIT. LIB. II.* Inst. Iur. Cum materiis D. & C. Nobilioribus Ad disputandum propositae in Gymnasio Illustris; Styriae procerum Graciensi, Nicolao Gablmann, I. C. *Respondente* Christophoro Lacknero *Semproniensi Pannonio*. Graetii Styriae excudebat Ioannes Faber, Anno M.D.XCII.

⁴ Lelőhelyét először JULIANE KELLER: *Grazer Frühdrucke (1559–1619)*, Graz, 1970, fedte fel. Innen vette át az RMK III. kötetének pótlékfüzete. Vö. *Régi Magyar Könyvtár III-dik kötet. Magyar szerzőktől külföldön 1480-tól 1711-ig megjelent nem magyar nyelvű nyomtatványoknak könyvészeti kézikönyve. Pótlások, Kiegészítések, Javítások.* 1. Füzet. Szerk. BORSA GEDEON, Budapest, 1990, 250.

⁵ KOVÁCS JÓZSEF LÁSZLÓ *recenziója* *Juliane Keller, Grazer Frühdrucke (1559–1619)* című munkájáról. *Soproni Szemle*, (1983), 188–189.

⁶ RMK III. Pótlások, 5524. sz.

⁷ Ezek jegyzékére vö. SZABÓ BÉLA: *Előtanulmány a magyarországi joghallgatók külföldi egyetemeken a XVI–XVIII. században készített disputatióinak (dissertációinak) elemzéséhez.* *Publicationes Universitatis Miskolciensis, Sectio Juridica et Politica* Tom. VIII, Fasc. 5, 1993. 115–152.

⁸ Az iskola és a jogi oktatás korai történetére lásd mindenekelőtt GUSTAV PSCHOLKA: *Die Rechtslehrer der steirischen Landschaft in Graz. Zeitschrift des Historischen Vereines für*

Az *illustre gymnasium*, a német birodalomban egy sajátos iskolatípust valószínűsíthetünk meg a 16. században. A strasbourg és altdorfi – két evangélikus birodalmi város által alapított – iskolák képezték ezen iskolatípus mintapéldáját. Ezen egyetemi oktatás színvonala felé közelítő iskolák nem rendelkeztek olyan önállósággal, mint az egyetemek és hiányzott náluk az egyetemi fokozatok odaítélésének, a doktorrá avatásnak a jogosítványa is. Közös sajátosságuk volt, hogy a szabad művészetek oktatása mellett a magasabb tudományok (teológia, jogtudomány, sőt az orvostudomány) területén is rendszeres képzést biztosítottak az érdeklődő, idősebb hallgatóságnak.⁹ Strasbourgban tíz osztályban folyt az *artes*-képzés, míg a többi tudományágakat – ezen osztályok felett – szervezett előadások keretében oktatták, egyetemi szinten.¹⁰

A strasbourg és altdorfi akadémiai gimnáziumok császári privilégium által nyerték el a *gymnasium illustre* rangot. A stájer evangélikus rendek gráci iskolájánál azonban ilyen megerősítésnek nincsen nyoma. Bár a rendek – a birodalmi városok *magistratus*ához hasonlóan – felügyelték az iskola működését és megszervezték annak fenntartását, azt mondhatjuk, hogy az önmegjelölés hasonlósága ellenére a gráci intézmény oktatási színvonala, szervezettsége nem érthette el az említett két birodalmi város Európa-híré iskoláinak színvonalát. A *Landschaftschule* képzése – valószínűleg az eredeti koncepció szerint is – csak négy osztályra oszlott, vagyis jóval kisebb volt képzési kínálata.

Mivel az alábbiakban egy jogi tárgyú *disputatiót* kívánunk közelebbről megvizsgálni, most elsősorban a jogi tanulmányok gráci lehetősége a fontos számunkra. Röviden át kell tekintsük tehát azt a keveset, amit a gráci protestáns tartományi iskola – hosszabb-rövidebb megszakításokkal – 1556 és 1598 között létezett jogi oktatásáról tudunk.

Az alap- és *trivium*-ismeretek oktatása mellett a 16. század '50–60-as éveitől – hasonlóan a nagynevű „névrokon” intézményekhez – a gráci iskolában is törekedtek arra, hogy a tanítványoknak alapvető jogi ismereteket kínáljanak. Először 1560-ban említene az iratok egy jogoktatásra ajánlkozó személyt, akit azonban még nem alkalmaztak az iskolafelügyelők.¹¹ A stájer rendek minden-

Steiermark, 9(1911), 29–88.; GUNTER WESENER: *Römisches Recht und Naturrecht. Geschichte der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Graz*. I, Graz, 1978, 3–5.

⁹ A. SCHINDLING: Strasbourg und Altdorf – Zwei humanistische Hochschulgründungen von evangelischen freien Reichsstädten. *Beiträge zur Problemen Universitäts-gründungen der Frühen Neuzeit*. Hg. von P. BAUMGART – N. HAMMERSTEIN, (Wolfenbütteler Forschungen 4), Nendeln, 1978, 149–190.

¹⁰ A. SCHINDLING: *Humanistische Hochschule und freie Reichsstadt. Gymnasium und Akademie in Strassburg. 1538–1621*. (Veröffentlichungen des Instituts für Europäische Geschichte Mainz 77), Wiesbaden, 1977, 34–43. A strasbourg akadémia működésére és jogoktatására lásd rövid összefoglalásként SZABÓ BÉLA: Dionysius Gothofredus magyar hallgatói Strasbourghban. *Dum spiro doceo. Huszti Vilmos 85. születésnapjára*. Szerk. SZABÓ Béla – SÁRY Pál, Miskolc, 2000, 201–211.

¹¹ Az említett tartományi gyűlési jegyzőkönyvben egy bizonyos Melchior Einpacher kínálgott jogoktatásra: „...er wolle der Jugend in ainer Lanschaft Schuel alle Tage ain Stunde zwo, in

esetre szükségét látták a jogi oktatásnak és az évtized közepén már bizonyítottan folyt bizonyos jogi oktatás is az intézményben: 1566-ban bizonyos dr. Georg Lang csaknem egy éven át kifejezetten jogtanárként került alkalmazásra, és heti két-három alkalommal előadta Iustinianus *Institutio*-it.¹² Lang 1566 végén bekövetkezett elbocsátása után bizonytalan, hogy folytatódta-e ezek az előadások. Bizonyos azonban, hogy a rendszeres jogi képzés 1570-ben újra, illetve elkezdődött és folyamatos volt egészen a protestánsok Grácból való kiűzéséig, 1598-ig. A jogoktatás megszilárdításában nagy szerepe volt az ekkor jogtanárként színre lépő dr. Adam Venedigernek, akinek tevékenysége az elkövetkező több, mint negyedszázadra meghatározta a jogi ismeretek oktatásának menetét az *illustre gymnasium*ban. Az Itáliában jogi doktori címet szerző Venediger, akit az *Institutiok* előadásával bíztak meg,¹³ oktatási tevékenységét hét éven át látta el, és emellett ügyvédként (Schrannenprokurator) is tevékenykedett.¹⁴ Az oktatásból való kiválása után – 1600-ban bekövetkezett száműzetéséig – a helyi nemesi bíróság jegyzőjeként (Landschrannenschreiber) tevékenykedett.

Bár az általa kialakított oktatási módszerekről keveset tudunk, tevékenységének idejére tehető a jogi tárgyak szerves beépítése a *gymnasium* oktatási kínálatába. 1572-ben az iskola, a hallgatói létszám növekedése és az oktatott tárgyak számának megszaporodása, valamint a jezsuiták térnyerése miatt új épületbe (Eggenberger Stift) költözött, ahol – fennállása tartamára – végleg kialakult az oktatás szerkezete.¹⁵ A rostocki teológus, dr. David Chytraeus tanterve szerint a negyedik osztályban („*quarta classis, quae publica dicitur*”) a képzés három irányban szétvált: egy teológiai, egy jogi és egy filozófiai részre.

Az iskolát a rektor irányította, egy prorektor segítségével. Az oktatásban mellettük több *praeceptor* és „*unterpraeceptor*” vett részt. A jogi részlegben Iustinianus *Institutio*-i mellett (*Lectio iuris institutionum et regularum*) nagy

weltlichen Rechten lesen, oder ain halbe Stunde dazwischen dictiren.” A jelentkezőt a rendelkezésre álló adatok szerint nem alkalmazták. Lásd PSCHOLKA: i. m. 30–31.; WESENER: i. m. 3–4.

¹² Lang céljait így foglalta össze egy kérvényében: „Erstlich will ich mich alsbald der Landschaftsschulen annemen die selbig ordenen und fassen und ins Werk setzen, auch selbst den Größen und Verständigern nicht allein in artibus sondern auch institutionibus in der Wochen 2 oder 3mal publice lesen ond solchs das erst Jar tuen...” PSCHOLKA: i. m. 32–33. Lásd továbbá WESENER: i. m. 4.

¹³ „Zum andern soll er sich auch in einer ehersamen Landschaft Schuel nach Gelegenhait oder Zeyt und Auditorn mit fürlesung der edlen Jugent die institutiones iuris, oder was ime hierinnen für guet und dienstlich ansehen wil guetwillig gebrauchen lassen” – szólt 1570. április 1-én kelt kinevezési okmánya. Vö. PSCHOLKA: i. m. 35.

¹⁴ Ezek szerepére lásd részletesen GUNTER WESENER: *Das innerösterreichische Landschrannenverfahren im 16. und 17. Jahrhundert*. Graz, 1963, 36–39.

¹⁵ Kovács – szerintünk tévesen – 1574-re teszi a tartományi gimnázium megnyitását. Ekkor inkább valamiféle újjászervezésről lehetett inkább szó, amit a költözés is szükségessé tettett. Ekkor a Lipcséből származó Hyeronimus Osius volt az iskola rektora. Vö. KOVÁCS, *Soproni Szemle*, (1983), 188.

hangsúlyt fektettek a történelmi ismeretekre.¹⁶ A jogi oktatásért felelős tanárt a *professura institutionum imperialium*-ra hívták meg. Ugyanakkor – mint alább látni fogjuk – általános szokás volt, hogy egy-egy tanár több tárgy oktatását is ellássa.

Venediger utódai – valószínűleg tovább szélesítve a lehetőségeket – folytatták a megkezdett munkát. A Pisában frissen jogi doktorrá avatott dr. Wolfgang Finkelthauß (1577–1582 között), valamint az Itáliában (Pádova, Siena) jogi tanulmányokat is folytató magister Georg Stadius (1582–1590 között) látták el a jogi oktatással járó feladatokat. Utóbbi elsősorban matematikus és asztronómus volt, de rá maradt a történelem és a jogi tanok előadása is.¹⁷

Bár a gráci protestáns jogtanárok sorában nem kerül említésre, minden jel szerint egy bizonyos ideig – „mellék-tevékenységként” – felelős volt a jogi oktatásért Nicolaus Gablmann is, akit a történelem oktatására hívtak meg. Ezt bizonyítja, hogy 1592-ben több jogi *disputatio* tanári közreműködőjeként, *praesese*ként tűnt fel. Mind személyéről, mind ezen tevékenységéről bővebben lesz szó az alábbiakban.

Gablmann nagy szerepet játszott a *gymnasium illustre* utolsó jogtanárának Grácba csábításában is. Mint azt egy 1591 júliusában kiállított elismervény bizonyítja, *magister* Valentinus Carg az ő rábeszélésre fogadta el a Landschaftsschule meghívását a jogtanári (*iuris professor*) állás betöltésére.¹⁸ Carg – aki 1594 és 1595-ben az iskola prorektora is volt – oktatói tevékenységéről nem áll rendelkezésünkre adat. Egészen 1598 nyaráig, a Landschaftsschule bezárásáig oktatott Grácban. Röviddel az intézmény bezárása után, azon év augusztusában halt meg.¹⁹

Azon túl, hogy a jogi előadások középpontjában Iustinianus *Institutioi* álltak, nagyon keveset tudunk arról, hogyan, milyen óraszámban, milyen foglalkozások keretében folyt a jogi oktatás a negyedik osztályban.

Azt viszont tudjuk, hogy a jogi oktatás iránt elsősorban nemesi származású tanulók és azok magánnevelői (*praeceptores*) érdeklődtek, ezért jelölték ezt a részleget *schola procerum*-ként. Grác városa ugyanakkor egy 1570. szeptember 1-én a rendekkel kötött szerződésben elérte, hogy polgárfiak is látogathassák ezt a tanfolyamot.²⁰ Mivel az itteni kínálat csak az alapok megszerzéséhez volt elegendő a hallgatók jogi tanulmányainak folytatásához – és esetleges lezárásá-

¹⁶ PSCHOLKA: i. m. 37–38.; WESENER: *Römisches Recht*..., 4.

¹⁷ „... in seiner gehalten Lectur, tam astronomiae, quam iurisprudentiae und historiarum so lange er in einer ehrsamten Lanschaft Bestallung gewest...” – szölt egy kérvényére adott tartományi gyűlési válasz. Vö. PSCHOLKA: i. m. 52.

¹⁸ „Ich M. Valentinus Cargius bekenne mit dieser meiner Handschrift, daß heut dato Herr Nicolaus Gablmann hab mit mir gehandelt und tractirt, daß ich mich in einer ehrsamten löblichen Landschaft in Steyr Stiftschuel zu Grätz solle lassen zu einem Professor brauchen welchs ich gutwillig versprochen... 12. Julii 1591. M. Valentinus Cargius.” PSCHOLKA: i. m. 53–54.

¹⁹ PSCHOLKA: i. m. 54.; WESENER: *Römisches Recht*..., 5.

²⁰ PSCHOLKA: i. m. 38.

hoz – kénytelenek voltak továbbtazni egy jogi fakultással rendelkező egyetemre.

A szereplők

A tanár

A vizsgálendő dolgozat elkészítésében és megvitatásában – a kor szokásainak megfelelően – nagy szerepet kapott az általában *praeses* megjelölést kapó tanár. Esetünkben ez a tanárszemélyiség nem ismeretlen a kora újkori magyar történetírás kutatói előtt. A gráci iskolában a jogi oktatásba is belekóstoló Nicolaus Gablmann élete ugyanis több szálon összefonódik a 16. század végének magyar művelődéstörténetével.²¹

A mecklenburgi születésű, protestáns Gablmann 1585 óta taníthatott Csepregen a *trivium*-iskolában, melyet Nádasdy Tamás valamikor az 1530-as években alapított.²² A nagy műveltségű mester csepregi tevékenységének kezdetét azért tehetjük erre az időre, mert egy 1588 februárjában Csepregen keltezett, Hugo Blotius császári könyvtárhoz címzett levele szerint már három éve Magyarországon tanított.²³ A csepregi iskola ebben az időben nagyszámú hallgatót vonzott nem csak Észak-Nyugat-Magyarországról, hanem Bécsből és Bécsújhelyből is.

Gablmann említett levele szerint – bár már sokat tanult és látott – leghőbb vágya, hogy jogi tanulmányokat folytasson, mivel enélkül és az ékesszólás további tanulmányozása nélkül nagyon sötétnek látja jövőjét. Ezért *praeceptor*nak is hajlandó lenne elszegődni olyan magyar mágánásifjak mellé, akik itáliai tanulmányútra indulnak.²⁴ Kívánsága – ha nem is tudjuk pontosan, mi módon – de viszonylag hamar teljesült, hiszen 1589 júliusában már Pádovából írt meglehetősen mézesmázos levelet a könyvtárnoknak. Pádovai tevékenységéről, tanulmányairól egy másik 1590 márciusában kelt leveléből tudunk meg valamiké: a Cujacius által kiadott *Basilika* és más jogkönyvek tanulmányozásáról tudósít.²⁵ Ugyanezen év májusában Pádovában újra kiadta

²¹ SZINYEI JÓZSEF: *Magyar írók élete és munkái*. Budapest, 1891–1914, III, 918–920.

²² Az iskola történetére lásd RAJCY MÁRIA MECHTILDA: *Csepreg irodalmi multja és népköltészeti hagyományai*. Sopron, 1944, 13–14.

²³ Rajczy ezzel szemben csak 1587-re teszi csepregi megjelenését. Vö. RAJCY: i. m. 15. Ezt támasztja alá Szinyei is, aki szerint 1585 és 1587 között Gablmann Késmárkon tanított. Vö. i. m. 919.

²⁴ THALLÓCZY LAJOS: *Gablman Miklós, császári hadi történetíró emlékezete (+1596)*. Történelmi Tár, (1896), 578.

²⁵ „De Basilicis scribo, quae nostrum Cujacium tantum fecere Jurisconsultum. Scribo inquam, clarissime Domine, num in Bibliotheca caesarea reperiantur. Notau multa ex nostro jure, quae dubie, quae contraria, quae obscura. Latini uix me pro libitu iuuabunt: Graecos

Monomachiáját, amivel történészi hírnevét Magyarországon megalapozta, s melyet először 1588-ban, Németújvárott²⁶ adott sajtó alá.²⁷ Nem tudunk sokat ezen itáliai éveiről. Jogtanulását azonban az is igazolja, hogy később mindkét jog *licenciatusának* (*U. J. licenciatus*) írja magát.²⁸

Gablmann valamikor 1591. elején érkezhett Grácba valószínűleg elfogadva egy állást, melyet a Landschaftschuleban kínáltak fel neki a stájer rendek nevében eljáró iskola-felügyelők. Korábbi ismerőse, Valentin Carg az év júliusi elkötelezését már ő intézte az iskola nevében.²⁹ Szeptemberben mint *jurisconsultus* (JC) adott hírt magáról Grácból Blotiusnak.³⁰ Nem világos, hogy milyen státusban oktatott az iskolában, de valószínű, hogy a filozófia, a történelem oktatására és talán a vakáns jogi *professura* ellátására kérték fel. Igen aktív tanár lehetett. Ezt mutatják az elnöklete alatt megvédett *disputatiók* és egy Grácban, 1592-ben megjelentetett Euripidész kiadványa is.³¹

Gráci tevékenysége 1593 őszén szakadt meg, mikor kedvenc tanítványával, Lackner Kristóffal és annak védenccével újra Pádovába indult.³² Valószínűleg csak rövid időt töltött itt, épp annyit, ami az újonc egyetemisták legelső ügyesbajos dolgainak elintézéséhez és egyetemi életbe való bevezetéséhez elegendő volt, mert hamarosan – háttérbe szorítva tanári énjét – más feladatok kezdtek érdekelni.

Az Itáliából talán már 1593 végén, vagy a következő év elején Bécsbe érkező, majd a magyarországi hadszíntéren tapasztalatokat szerző Gablmannat ugyanis Ulrich Pezzen udvari tanácsos javaslatára Rudolf császár 1594 augusztus elejétől hadi történetíróvá nevezte ki, havi 30 forintos díjazással. Gablmann ezáltal az udvari személyzet tagjává vált.³³ Tiszténél fogva köteles volt részt venni a hadjáratokban és a csatákról, táborozásokról jelentést kellett készítenie.³⁴ Hivatalnok és haditudósító lett egy személyben. Ott volt Esztergom sikertelen ostrománál, s ottani tapasztalatait emlékiratban foglalta össze.³⁵ Később az

suspicio: quorum collatione, meipsum forsán juuare potuero." THALLÓCZY LAJOS: Adatok Gablman Miklós és Blotius Hugo viszonyához, *Történelmi Tár*, (1897), 429.

²⁶ *Monomachia Hvngaro Tvrctica, Dvobus carminvm Libris conscripta...*, Német-Ujvár, 1588.

²⁷ A második kiadás címe: *Nicolai Gabelmanni Germani monomachiae Hungaro-Turcicae Carminum libri duo*. Patavii MDXC. Apud Paulum Meiettum.

²⁸ Egy 1596-os, császárhoz intézett kérvényében. Vö. THALLÓCZY: *Adatok...*, 438.

²⁹ Lásd fent.

³⁰ Vö. THALLÓCZY: *Adatok...*, 431.

³¹ *Tragoedia Phoenissimarum Euripidis Poetae Tragici Nicolao Gablmanno Interprete*, Graecii, 1592. Vö. KELLER: i. m. 75. sz.

³² KOVÁCS: *Lackner Kristóf és kora*, 13.

³³ THALLÓCZY: *Gablman...*, 582.

³⁴ Esküje szövege szerint: ...in sonderheit aber under vorsthenden Kriegs-Expedition, solang der jezige offene Krieg wehret, in Veldtlager mich zu befindten, Alles vndt Iedes, so beiderseits furlauffen wirdet hie undt wider nach meglichkeit in Erkhundigung zu bringen, dasselbe Alles vndt Iedes, bestes Weiss warhafft vndt vmbstendlich aufzaichnen, beschreiben.... Vö. THALLÓCZY: *Adatok...*, 432

³⁵ Ennek magyar fordítását közli THALLÓCZY: *Gablman...*, 598. sk.

1594 végén a császári csapatok hadvezérévé kinevezett Karl Mansfeldet követte hadi mozdulataiban. Esztergom újabb ostromát verses munkában örökítette meg,³⁶ beszámolva a hadvezér természetes haláláról. Mansfeld halála után Gablmann továbbra is a seregnél maradt, rendszeres hadi naplót vezetve egészen 1596. október 25-ig, a mezőkeresztesi csatában való eltűnéséig.

A tanítvány

A gyermek Lackner alaptanulmányait nagy valószínűség szerint a soproni iskolában kezdte. Itt tanult meg írni, olvasni, itt tanulta meg a német nyelv és a latin nyelvtan alapjait. Magyar szóra, cseregyerekként látogathatta néhány évig a Nádasdy Tamás által alapított csepregi iskolát is.³⁷ Tanulmányai nem lehettek folyamatosak, mert forrásaink szerint egy ideig apja ötvösműhelyében is tanonckodott és a mesterséget is kitanulta.

1584-ben Draskovich György kalocsai érsek, győri püspök, kancellár és királyi helytartó parancsára Sopronból távozniuk kellett a protestáns lelkészeknek és tanítóknak. A helyi tanulási lehetőségek bezárultak az evangélikus soproni ifjak és így a tudás iránt újra érdeklődést mutató Lackner előtt.³⁸ Néhány évvel később (de biztosan 1585 után³⁹) kerülhetett Lackner (talán már másodszor) a csepregi *trivium*-iskolába, ahol Gablmann tanári felügyelete alá került. Hogy mennyi időt töltött itt, nem tudjuk.

Mindenesetre Gablmann nem végezhetett rossz munkát és a családdal fenn tartott kapcsolatai sem szakadhattak meg, mert Lackner szülei kapva kaptak a lehetőségen, hogy amikor a fiatal német tanár a gráci *illustre gymnasium*ban szerzett tanári állást, fiukat is odaküldjék és újra az ő gondjaira bízzák valamikor 1591 folyamán.

Lackner Grácban nagy valószínűséggel retorikai, teológiai és jogi tanulmányokat folytatott a harmadik vagy negyedik osztályban. Az bizonyos, hogy több mint két éven át koptatta az Eggenberger Stift iskolapadjait.

A gráci tanárok közül Gablmann mellett Carg professzorral bizonyított a szorosabb kapcsolat. Gablmann és Carg között már 1588-ban fennállott egy

³⁶ A mű címe: *Mansfeldiana Militia Hungara. Hoc est: Panegyris et vera methodica narratio de virtutibus, vita moribus, progressu, disciplina belli, rebus gestis, morte illustrissimi Caroli, magnanimi principis atque comitis in Mansfeld etc., serenissimi Austriae Archiducis Mathiae, Imperatoris belli Hungariae inferioris Vicarii... a Nicolao Gablman...*

³⁷ Nem tisztázottak az ötvös fiának korai éveit. Angyal szerint 1579-től tanult a csepregi iskolában, de onnan megszökött, a Felvidéken és Morvaországban bolyongott, majd katonának állt. Hogy mikor történt ez, arról nem szól a szerző. Mások (Payr, Kovács) szerint a soproni iskolák bezárása kényszerítette őt is a csepregi protestáns szellemű intézetbe. A pontos adatokkal valamennyi szerző – források hiányában – adós marad. Vö. ANGAL: i. m. 2.; KOVÁCS: *Lackner Kristóf és kora*, 12.; PAYR: i. m. 11.

³⁸ PAYR: i. m. 11.

³⁹ Payr valószínű véleménye szerint 1587-ben. PAYR: i. m. 8.

bizonyos kontaktus,⁴⁰ és ez a kapcsolat Gablmannon keresztül tovább fűződött Sopron felé is. Carg valószínűleg már gráci professzorként – legalább egyszer – ellátogatott Sopronba. Mindenesetre személyes kapcsolatban volt a Lackner családdal, mint azt több – alább említendő – adat is igazolja.

Véleményem szerint megfontolandó – a korábban többször idézett – Pscholka azon állítása, mely szerint Carg már 1591-ben elfoglalta volna állását. Ennek ellentmond, hogy Gablmann több 1592-es jogi *disputatio* (*Theses*) tanáraként szerepel, s miért lenne ez így, ha ezen feladatra már rendelkezésre állt volna egy főállású jogtanár. Az is lehetséges, hogy egy bizonyos időn át ketten vitték a jogi előadásokat, illetve, hogy a *disputatio*-kat (vagy azok egy részét) Carg a pedagógiában járatosabb Gablmannra hagyta az 1592-es év folyamán.

A minden jel szerint beteges Carg egyébként is sokat lehetett távol és így nem folytathatott teljes értékű oktatói munkát. Egy 1592 decemberében kelt levél, melyet Lackner Ádám felesége Consul Anna írt Lackner Kristófnak, azt látszik igazolni, hogy Carg *magister* abban a hónapban Sopronban járt és levelet vitt a családnak a Grácban tanuló ifjútól.⁴¹ Carg egy saját levele – 1593. november 7-i keltezéssel – arról tudósít, hogy (valószínűleg Sopronból) Grácba visszaérkezve, Lackner Kristófot már nem találta ott, mert az ifjú röviddel azelőtt Gablmannal együtt Itáliába utazott. Carg leírja, hogy Gablmann – annak visszatértéig – neki kell helyettesítenie. Ugyanezen levelében reményét fejezi ki, hogy a következő év áprilisában a balfi fürdők vizével enyhítheti betegségét.⁴²

Mindenesetre megállapítható, hogy Lackner Kristóf ott tartózkodása alatt, mind Carg, mind régi mentora Gablmann is kivehette részét a kissé túlkoros tanuló jogi ismereteinek bővítéséből. A képzés felelősségének nagyobb része Gablmannon nyugodott. A soproni család is őt tekintette az ifjú pallérozódása letéteményesének, mint az kitűnik a mostohaanya, Consul Anna idézett levelének Gablmann javadalmazását célzó kitételeiből is.

A szoros személyes kapcsolatok miatt nem csoda, hogy a tanulmányai vége felé járó Lackner helyet kapott azon ifjak között, akik 1592–93-ban Gablmann elnöklése mellett jogi tárgyú vitatkozásokon vettek részt. Ezen munkák közül hárman a címét ismerjük,⁴³ de bizonyos, hogy jóval több is született ezekben az

⁴⁰ THALLÓCZY, 1896, 578. Gablmann talán Cargtól vette az ötletet, hogy Itáliába menjen *praeceptor*ként.

⁴¹ *Régi magyar levelestár (XVI-XVII. század)*, Szerk. HARGITTAY Endre. I. Budapest 1981, 276.

⁴² KOVÁCS JÓZSEF: Kis adat a balfi gyógyfürdőről. *Soproni Szemle*, 1957, 288.

⁴³ 1. *Theses de nuptiis, adoptionibus et quibus modis jus patriae potestatis solvitur*, Graecii Styriae, 1592. 2. *Theses de usucapionibus et donationibus*, ib., 1592. 3. *Theses de rerum divisione et acquir. rerum dominio*. ib. 1592. 4. *Disputatio sistens illustrat. problemata juris*, ib., 1593. 5. *Theses de testamento rupto, inito, inofficioso*. ib. 1593. Vö. JOHANN HEINRICH STEPF: *Gallerie aller juridischen Autoren*. 1822, Bd. 3. Ehhez jön még KELLER szerint: 6. *Theses de tutela et cura*, ib. 1592. 7. *Theses de testamento ordine*. ib., 1592. Vö. KELLER: i.m.; Az 5. és 6. számú dolgozat *respondense* Johannes Sigismundus Wagn in Wagensperg volt, aki Lackner későbbi

években. Lackner – alább ismertetendő – dolgozata ugyanis a „*Disputatio septima*” megjelölést kapta. Kérdés, hogy ez valamennyi tudományterületet figyelembe véve volt a hetedik vitatkozás, vagy a jogi *disputatio*k sorában. Ez utóbbi esetben lehetséges, hogy Valentinus Carg is vezetett jogi vitatkozásokat, bár erről nincsenek adataink.

Az, hogy Lackner jogi témában próbálta ki vitatkozási képességeit, tekinthető a kialakuló személyes érdeklődés bizonyítékának, illetve a tervezett itáliai utazás előszelének. Nagy szerepe lehetett a jogtudomány felé fordulásban annak a vágnak is, hogy Sopron város vezetőinek imponáljon munkájával és mintegy ajánlja magát a későbbiekre.

Bár arról csak közvetett adataink lehetnek, hogy milyen szerepe volt a *disputatio*knak az *illustre gymnasium* képzési tervében, de úgy tűnik, hogy Lackner dolgozata nem tekinthető a tanulmányokat záró vizsgadolgozatnak.⁴⁴ Inkább – mint e fenn említett sorszámozás is mutatja – a gyakorló vitatkozások (*exercitia*)⁴⁵ közé kell sorolnunk a soproni ötvös fiának nyomtatott munkáját. Erre utal a vitatkozások rendszeressége, állandó helyen és időben való megrendezése (*horis et loco ordinato*). A foglalkozások célját a tananyag elmélyítésében láthatjuk.

Ugyanakkor bizonyíthatóan nagy jelentősége volt, hogy a hallgatók a viták alapjául szolgáló anyag kinyomatásával szorgalmukat is bizonyítani tudták pártfogóik felé. Mint alább olvashatjuk, Lackner ezen kísérlete eléggé felemásra sikerült, de a „*Disputatio septima*” mégis igazolta, hogy tanulmányaiban egy bizonyos szintre eljutott. És hogy ez a szint nem volt alacsony, mutatja, hogy Pádovába érkezése után alig két évvel már mindkét jog doktorává avathatták.

A gráci éveknél nem csak tudása növelésében volt nagy szerepe, hanem – a kor szokásának megfelelően – későbbi sorsát meghatározó személyes kapcsolatok kiépítésében is. Itt került kapcsolatba Wolfgang Saurau főmarsallal, a stájer evangélikusok vezérével, aki nevelőül fogadta fel Itáliába induló fia mellé. Ugyancsak *praeceptor*a lett diáktársának, Johannes Sigismundus Wagn-nak. Velük és Gablmannal együtt indult útnak 1593 késő őszén Pádova felé.

A munka

Mielőtt Lackner *theses*ének rövid elemzésébe kezdenénk, néhány szóban meg kell emlékeznünk arról, hogy mit is értettek a 16. században *disputatio* alatt, milyen szerepe volt az egyetemi (és gyakran a „középszintű”) oktatásban.⁴⁶

útítársa lett. A 7. számú dolgozat *respondense*ként egy bizonyos Christophorus Locamer van feltüntetve. A Keller művét soproni szempontból ismertető Kovács József László szerint nem kizárt, hogy ez elírás és a név mögött szintén Lackner személye húzódik meg. Vö. KOVÁCS, *Soproni Szemle*, (1983), 189.

⁴⁴ Másként vélekedik KOVÁCS: *Lackner Kristóf és kora*, 13.

⁴⁵ Ezekről bővebben lásd SZABÓ BÉLA: *Előtanulmányok* ..., 89.

⁴⁶ A következőkre lásd összefoglalóan SZABÓ: *Előtanulmányok* ..., 82–87.

A késő középkortól a felsőoktatásban *disputatio* alatt a hallgatók (vagy professzorok) által írt – de minden esetben szóban megvitatott és megvédett – kisebb tudományos dolgozatokat értették. A 16. század második felétől a *disputatio*nak, mint *actus academicus*-nak a következő általánosított fogalmát adhatjuk: a *respondens* (hallgató) egy *praeses* (tanár vagy felsőbb éves hallgató) vezetése alatt, vagy legalább támogatása mellett, meghatározott állításokat (téziseket) védett meg szóbeli formában az *opponens* vagy *opponensek* ellenvetései, kifogásai ellen. A *disputatio* szolgálhatta a gyakorlást, de a vizsgafolyamatok fontos része is lehetett.⁴⁷

A *disputatio*ók tényleges jelentősége abban állt – helyezkedjék is el az egyes hallgatók egyetemi tanulmányainak bármely szakaszában –, hogy a hallgató vagy a tudós-jelölt bizonyíthatta kollégái, hallgatótársai és professzorai (tehát értő szakmai közönség) előtt, hogy álláspontját meg tudja védeni, s a vita során szakszerűen tudja használni mind a jogszabályok, mind a szakirodalom terén szerzett ismereteit.⁴⁸

A jogoktatás részeként ezek a kisebb munkák foglalkozhattak – mint a jogoktatás korábbi korszakaiban – egy-egy jogeset (*casus*) megoldásával,⁴⁹ de – közelítve a középkori *repetitio*⁵⁰ feladata felé, és lassan ki is szorítva azt – tárgyalhatták a *Corpus Iuris* egy meghatározott címét, illetve rendelkezését is, elmélyítendő az adott forráshellyel kapcsolatos ismereteket.⁵¹ A 16. századra ez utóbbi tartalom vált uralkodóvá. A *disputatio*ók egy meghatározott jogi tárgykör vagy a *Corpus Iuris* egy meghatározott részének „iskolás”, oktatási célú feldolgozását tették lehetővé.

Formájában, külső megjelenésében és kidolgozottságában Lackner *Thesese* a 16. század utolsó harmadában kialakult *disputatio*ós szokásokhoz igazodik.

⁴⁷ HANSPETER MARTI: *Philosophische Dissertationen deutscher Universitäten 1660-1750. Eine Auswahlbibliographie*, München, 1982, 13.; FILIPPO RANIERI: *Juristische Universitätsdisputationen im 17. und 18. Jahrhundert. Zur Analyse der deutschen Autoren und Handlermarktes. Historische Soziologie der Rechtswissenschaft*, Frankfurt am Main, 1986, 158–159.

⁴⁸ KARL MOMMSEN: *Katalog der Basler juristischen Disputationen 1558-1818*, Frankfurt am Main, 1978, 18.; KARL MOMMSEN: *Auf dem Wege zur Staatssouverenität. Staatliche Grundbegriffe in Basler juristischen Doktordisputationen des 17. und 18. Jahrhunderts*. Bern, 1970, 9.; Lásd még GERTRUD SCHUBART-FIKENTSCHER: *Untersuchungen zur Autorschaft von Dissertationen im Zeitalter der Aufklärung*, (Sitzungsberichte der Sächsischen Akademie der Wissenschaften zu Leipzig, Phil.-hist. Klasse 114) 33.

⁴⁹ WERNER KUNDERT: Einleitung, Karl Mommsen. *Katalog der Basler juristischen Disputationen 1558-1818*, Hg. Werner KUNDERT, Frankfurt am Main, 1978, 26–27.

⁵⁰ Vö. K.-H. BURMEISTER, *Das Studium der Rechte im Zeitalter des Humanismus im Deutschen Rechtsbereich*. Stuttgart, 1974, 215–216.

⁵¹ MARGREET ASHMANN: *Collegia publica et privata: Eine Erscheinung deutscher Herkunft an den niederländischen juristischen Fakultäten um 1600?*, Die Rechtswissenschaftlichen Beziehungen zwischen den Niederlanden und Deutschland in historischer Sicht. Vorträge gehalten auf dem 28. Deutschen Rechtshistorikertag in Nimwegen am 25. September 1990, hg. Robert FEENSTRA – Chris COPPENS, Nijmegen, 1991, 2.

Ebben az időben merült fel ugyanis az igény, hogy mind a vitatkozás résztvevői, mind a hallgatók s az esetleges olvasók számára is megkönnyítsék a tézisekbe foglalt állítások feldolgozását. Ebből a célból a vitatkozások előre nyomtatott szövegében bizonyos indoklást adtak a tézisekhez, magyarázatokat fűztek az egyes tételekhez. A tudományos irodalomban való jártasság igazolása mellett ez azért is célszerű volt, mert magát a szóbeli aktust is megszabadították a forráshelyek és irodalmi utalások felsorolásának terhétől, s több idő maradhatott az érdemi vitára. A téziseket az irodalmi utalások mintegy „felöltöztették”, innen az elnevezés: *theses vestitae*.

Lackner gráci *disputatio*ja – csakúgy, mint pádovai doktori dolgozata – a *theses vestitae* egy korábban kialakult, egyszerűbb formájához tartozott, ahol is az utalások vagy az adott tétel egész szövegére vonatkoztak, az állítás forrására kívántak rámutatni, vagy egy-egy szót kívántak megmagyarázni.⁵²

A munkát tartalmilag a kis terjedelmű exegétikus művek (*repetitiones*) közé sorolhatjuk. Ezek a munkák a jogászai gondolkodás egyik alapvető formájára, az egyes autoritativ szöveghelyek elemzésére, kommentálására vezethetők vissza. Akár csak Lackner dolgozata, címükben ezek a munkák egy-egy (*Institutio* vagy *Digesta*) szöveghelyre utalnak. Ezen esetekben az adott szakasz (*lex*) valóban részletes tárgyalását várhatjuk el a *disputatio*tól.⁵³

Ha a korabeli jogi irodalom „műfajai” közé kívánjuk elhelyezni ezeket a szövegelemzéseket, a *fragmentum*-kommentárok újabb típusába sorolhatjuk őket, és céljuknak nem az anyag teljes kifejtését, hanem a tárgy tömör összefoglalását tekinthetjük.⁵⁴ Bár arra is lehetőséget kínált volna az ilyen típusú megközelítés, hogy a régi középkori kommentálási metódusnak megfelelően lépésről lépésre kövesse és elemezze a szöveget, Lackner esetében az idő rövidsége (bár a címlapból kitűnően *Thesese* két foglalkozáson került megvitatásra) és a foglalkozás jellege nem kívánta meg a *respondenstől* a túl részletes elemzést.

A Sopron város tanácsának ajánlott,⁵⁵ 46 tézisből álló munka Iustinianus *Institutio*inak négy fejezetéből (Inst. 2, 6–9) válogatva emel ki bizonyos megállapításokat. A bizánci tankönyv második könyvének elbirtoklásról szóló 6. fejezetéhez (*De usucapionibus et longi temporis possessionibus*) kapcsolható a tézisek csaknem fele (1–19). Az ajándékozásról szóló (*De donationibus*) feje-

⁵² SZABÓ: *Előtanulmányok*..., 92–93.

⁵³ Elnevezésük: *analysis, commentatio, enucleatio, intellectus, nervus*. Vö. WERNER KUNDERT, *Einleitung*..., 60.; ALFRED SÖLLNER: Die Literatur zur gemeinen und partikularem Recht in Deutschland, Österreich, den Niederlanden und der Schweiz. *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, hg. Helmut COING, II/1, München, 1977, 528–529.

⁵⁴ ERNST HOLTHÖFER: Die Literatur zur gemeinen und partikularem Recht in Italien, Frankreich, Spanien und Portugal. *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, hg. Helmut COING, II, 1977, 127.; SÖLLNER: i. m. 530.

⁵⁵ *Ampliss: Senatui Liberae Reipub. Semproniensis Pannoniorum Viris Nobilibus & prudentiss: &c. Dominis & Patronis suis vnice atque obseruanter colendis summisce offer Christophorus Lackner ciuis obsequentiß. etc.*

zetből 11 tézis (20–30), az elidegenítés, a tulajdonátruházás egyes szabályait bemutató következő két fejezethez (*Quibus alienare licet vel non* és *Per quas personas nobis adquiruntur*) tíz (31–40), illetve hat (41–46) tézis született.

Lackner 46 jogi téziséhez kiegészítésként – talán hangsúlyozandó más tudományterületekre is kiterjedő ismereteit – Arisztotelész munkáihoz kapcsolódva három etikai és 10 politikai tézis⁵⁶ is kapcsolódik. Ezen állításoknál már nem találkozunk *allegatió*kkal csak a munka azon fejezete van megjelölve, ahonnan az adott tézis származik. Az ilyen jellegű kiegészítések (*corollaria*) nagyon gyakoriak voltak és jogi *disputatió*k esetén általában azt a célt szolgálták, hogy a *respondens* a vitatkozás adott szűk témakörén kívülre terjedő, más jogterületekre vonatkozó ismereteiről is számot adhasson. Nem voltak ritkák azonban olyan *corollariák* sem – mint esetünkben is –, melyek a jogtudománnyal határos tudományterületekről csatoltak kiegészítő téziseket a dolgozat fő szövegéhez. A gráci gimnázium oktatási kínálata és a *praeses*, Gablmann személye pedig egyenesen indukálta a morális és politikai ismeretekben való jártasság illetén felvillantását is.

Összességében megállapíthatjuk, hogy Lacknernek a gráci *illustre gymnasium*ban készített *Thesese* színvonalban nem áll mögötte az egyetemeken készített *disputatió*knak

Utóélet?

Lackner röviddel elkészültük után, október 11-én⁵⁷ megküldte munkájának ki nyomtatott példányait Sopron város vezetésének, bizonyítandó tudományokban való előrehaladását. Mint arról mostohaanyja levele felvilágosította, a városi urak azonban kevés figyelmet szenteltek zsengéjének:

„Leveled, melyet nekem írsz, és választ kérsz uraimtól téziseidre és leveledre, melyet én nekik átadtam, erre még kevés válaszom van. Minden szétesztatlanul fekszik a városházán, már többször kérelmeztem a választ. Így a tiszteletre méltó tanácsnak nincs füle, hogy meghallja. Azt kell hinnem, hogy nem sok ügyet vetnek az ilyen szükséges tudományra, kevesen vannak közülük, akik megértik, azt kell hinnem Nagyról, Tamisch és Faut úr is kevésnek találják ez ügyet, bosszantó számukra ugyanezeket a téziseket csak egyszer is kezükbe venni, és megnézni, mi a te szorgalmad és munkád. Ha kedvük és szeretetük lenne ehhez, nem lehetséges, hogy ilyen sokáig csinálnák, maguk előtt feküdni hagynák, mint a többiek akkor talán kézbe vennék a dolgot, és nyilatkoznának, hogy mi benne a tiéd, mi másé. A leggyorsabban megírom neked, legyen kis türelmed, te értékeld őket, hogy mit tartanak róla, azt kell hinnem, a jó urak nem sokat kérdezősködnek utána, hogy te keveset tanulsz-e, vagy sokat. Sem-

⁵⁶ *Theses morales ex lib. 4. Eth. Aris: és Themata Politica ex lib. 3. Polit. Arist.*

⁵⁷ Kovács, 1983, 189.

mibe sem veszik, ha szeretnék a tanult embereket, maguk is inkább nagyobb becsben lennének.”⁵⁸

Midőn a *Theses* szövegét és fordítási kísérletét közrebocsátjuk,⁵⁹ igazolni szeretnénk, hogy szemben Sopron város 16. század végi vezető férfiával, mi öt évszázad múltán „ügyet vetünk a szükséges tudományra” és törekszünk annak megértésére, elismerve és megbecsülve Molnár Imre Tanár Úrnak az érdeklődés fenntartásában és a „láng továbbadásában” tanúsított elévülhetetlen szerepét.

⁵⁸ *Régi magyar levelestár (XVI–XVII. század)*, Szerk. HARGITTAY Endre, I, Budapest, 1981, 266–267.

⁵⁹ A közrebocsátó – midőn a félreértések felelősségét magára vállalja – köszönetét fejezi ki a fordításban nyújtott segítségéért Rácz Annamáriának és Petrasovics Annának.

THESES

DE USUCAPIONIBUS, DONAT. ET
SEQQ.

II. TIT. LIB. II. Inst:Iur. Cum
materiis D. & C. Nobilioribus

Ad disputandum propositae in
Gymnasio Illustris; Styriae
procerum Graciensi,

a

Nicolao Gablmann, I.C.

Respondente

Christophoro Lacknero

Semproniensi Pannonio

Disputatio septima ad 12. & 19.
Septemb. horis & loco ordinato

Graetii Styriae excudebat

Ioannes Faber, Anno M.D.XCII.

TÉZISEK

**AZ ELBIRTOKLÁSRÓL, AJÁN-
DÉKOZÁSRÓL**

és az Institutiók II. könyvének kö-
vetkező két címéről megnevesítve a
Digesta és Codex anyagával

Megvitatás céljából előterjesztve a
Stájerországi Graz legfényesebb gim-
náziumában

Gablman Miklós jogtudós és

vitatkozóként

Lackner Kristóf

Soproni magyar által

Hetedik vitatkozás szeptember 12-
én és 19-én a szokott órában és helyen

Grazban, Stájerországban nyomtat-
ta Faber János, az 1592. évben

DE USUCAPIONIBUS ET
SEQUENTIBUS
DISPUTATIO SEPTIMA

Thesis I.

Duobus modis acquiruntur dominia rerum, vel gentium vel civili iure. Illud vetustius et generalius: Hoc recentius et specialius, quo ad formalia. Explicato iam priori, ex naturali methodo secundum sequitur, in quo excellit usucapio quae origine iuris gentium est, et sicut naturaliter quodvis dominium cepit a possessione, sic etiam illa ab eadem unica et solitaria causa, quae variis ex titulis a non domino rursus procedit. Qui enim a domino possidet, iure gentium dominus est, nec indiget usucapione.

III.

Est autem usucapio acquisitio domini per usum, hoc est, continuationem possessionis, temporis lege definiti. Sic naturali aequitati contrariam, et sicut statuto vel leges etiam posse tolli pacto negamus.

AZ ELBIRTOKLÁSRÓL ÉS AZ
AZT KÖVETŐKRŐL
HETEDIK VITATKOZÁS

I. *

A dolgok tulajdonát kétféleképpen lehet megszerezni: vagy a népek joga vagy a római polgárok joga alapján. Amaz ősbibb és általánosabb érvényű. Emmez újabb keletű és alakiságaiban sajátosabb. A korábban előadottak szerint a második a természetes ésszerűsége alapszik, amennyiben kitűnik, hogy az elbirtoklás a *ius gentium*-nak miféle származéka, és miként természetesen bármely tulajdon birtoklás által kezdődik, úgy ez [az elbirtoklás] is egyes egyedül ezen okból [a birtoklásból] kifolyólag, különféle jogcímenken ellenben nem tulajdonostól [szereztetvén] jelenik meg. Ugyanis aki tulajdonostól birtokol, a *ius gentium* szerint tulajdonos, és nincs szüksége elbirtoklásra.

II.

Az elbirtoklás a tulajdon megszerzése használat, vagyis a birtoklás állandósága által, melynek idejét a törvény határozza meg. Így az állítjuk, hogy miként rendeletileg és törvény szerint sem lehet megszüntetni, úgy megegyezéssel sem, mivel az a természetes méltányossággall ellenkezik.

III.

Praescriptio ab hac differt ratione saltem non subiecto estque ipsamet exceptio peremptoria quae veluti effectus ex legitimi temporis possessione tanquam causa est prognata. Nec tamen praescriptio est idem quod exceptio sed illa huic tanquam generi species subest.

IV.

Possessio est unicum medium usucapionis, atque omnium est generaliter quarumcunque rerum pro diversa temporis quantitate. Nec minus illa quam haec directum parit dominium. Quod sine causa plerique negant.

V.

Usucapionis formalia sunt, primum bona fides, quam iustus parit titulus ex aliqua causa, hoc est, genere contractus, etiam erroneus sine quo nulla est. Et requiritur saltem traditionis tempore, praeter emtionem, quae contractus quoque initum perpendit.

III.

A praescriptio ettől csak alanyánál fogva eltérő, és maga is egy olyan felemészítő kifogás, amely a törvényes idejű birtoklásnak egyrészt következményeként, másrészt okaként jelenik meg. Mégsem azonos az exceptióval, hanem a praescriptio annak mintegy alfaja.

IV.

A birtoklás az egyetlen eszköze az elbirtoklásnak, és általánosan az összes különféle dologra nézve különböző birtoklási időmennyiség van meghatározva. És nem kevesebb ez az idő annál, mint ami a közvetlen tulajdont létrehozza. Ezt legtöbbször ok nélkül tagadják.

V.

Az elbirtoklás előfeltételei: először is a jóhiszeműség, amelyet a megfelelő jogcím szül valamely ügyletből, ez általában egy szerződés, ami nélkül nincs [elbirtoklás], még ha hibás is lenne. És ezt [a jóhiszeműséget] az átadás idején vizsgálják, kivéve az adásvételt, amelynél a szerződés megkötésének az idejét is figyelembe veszik.

VI.

Et prodest successori tam universali quam particulari, etiamsi utrique malae sunt fidei. Nec causae lucrativae ab onerosis distinguuntur. Sed iure Canonico recte hodie malae fidei possessor propter periculum animae nullo unquam tempore praescribit, etiamsi quis post completam praescriptionem, si cognoverit rem esse alienam, securus sit in iudicio animae.

VII.

Alterum est formale possessio per legitimum tempus continuata, cuius cum diversa quantitas pro subiectae rei conditione sit definita, etiam variae praescriptionum species inde proficiuntur, de quibus Cuiac. in Tr. de praescriptionibus et terminis.

VIII.

Res enim mobilis triennio, immobilis decennio inter praesentes, atque vicennio inter absentes (quae longi temporis est possessio) usucapitur.

VI.

És [az elbirtoklás] hasznára van mind az egyetemes, mind az egyedi jogutódnak, még ha mindkét esetben rosszhiszemű lenne is. A hasznot hozó jogcímeket sem különböztetik meg a terhet jelentőktől. Ma a kánonjog szerint helyesen a rosszhiszemű birtokos a lélek veszélye miatt soha nem birtokol el, és ha valaki az elbirtoklás idejének betöltése után megtudta volna, hogy másé az a dolog, akkor is lelkének ítéletét követi.

VII.

A másik előfeltétel a törvényes időn át tartó folyamatos birtoklás, aminek az eltérő mértéke az éppen vizsgált dolog milyensége szerint nyert meghatározást, és innen erednek az elévülések különböző esetei is, amelyekről Cuiacius az elévülésekről és határidőkről szóló tractátusában ír.

VIII.

Az ingó dolgokat három év alatt, az ingatlanokat az egy helyen lakók között tíz, a különböző helyen lakók között húsz év alatt (amit "hosszú időn át való birtoklásnak" nevezünk) lehet elbirtokolni.

IX.

Atque hisce immobilibus in possessione longi temporis iura servitutum aequiparantur, quae illo acquiruntur quam amittuntur. Sed requiritur semper scientia eius contra quem praescribitur, quamvis plaerique contradicant.

X.

Quadriennii praescriptio datur fisco contra dominum vel creditorem, si rem alienaverit alienam, vel alii oppignoratam. Qui vero accipiant illam iusto titulo a fisco, statim fiunt domini secure ac vincunt sive experiantur vindicatione, sive convenientur, a quod in principis ac patrimonialibus Augustae alienatis similiter procedit, etiamsi fisco distinguatur. Eadem quoque praescriptio adversus Fiscum procedit, si post quadriennium velit bona quasi vacantia vindicare, quae alius cepit tenere.

IX.

A hosszú időn át való birtoklás tekintetében az ingatlanokkal egy tekintet alá esnek a szolgalmi jogok is, melyek ezáltal szerezhetők illetve szüntethetők meg. De mindig szükség van azon személy tudatára, akivel szemben az elbirtoklás folyik, bár ezt a többség vitatja.

X.

Négyéves elévülés adatik a kincstárnak a tulajdonos vagy a hitelező ellen, ha a [kincstár] más dolgát vagy másnak elzálogosított dolgot idegenített el. Akik azonban a dolgot jogszerű alapon kapták a kincstártól, nyomban biztosan tulajdonosok lesznek és győzedelmeskednek, akár vindicációval kísérleteznének, akár megállapodnának, ami a császári vagy császárnéi vagyonból elidegenített javakra hasonlóképpen vonatkozik, még ha az államkincstár javaitól ezeket meg is különböztetjük. Ugyanez az elévülés [határidő] az államkincstár ellen [indított perekre] is vonatkozik, ha az négy év után akarna mintegy uratlan javakat követelni, melyeket más kezdet el hatalmában tartani.

XI.

Praescriptione triginta annorum, quae longissimi est temporis, tolluntur actiones personales et mistae, quae minora tempora legibus definita non habent: veluti petitio hereditatis, actio furti, vi bonorum raptorum in simplum, indebiti ex emto vendito, servi corrupti, tutelae, negotiorum gestorum, mandati, locati, pro socio, constitutae pecuniae, Favianae, Fidei commissi, iudicati, homicidii non criminalis, quae vicennio perit, sed civilis, de fugitivis revocandis. Ex interdicto momenti unde vi. Adde mixtas in causa: veluti com. diu id. finium regund. Fam. erciscundae.

XII.

Reales vero actiones usucapione longi temporis adversus bonae fidei atque longissimi adversus malae fidei possessorem tolluntur.

XI.

A harmincéves igen hosszú idejű elévüléssel elenyésznek a személyes és vegyes keresetek, melyeknek a törvényekben nincs rövidebb idő szabva: például a civiljogi örökös keresete, a lopási büntetőkereset, az egyszeresre menő rablási kereset, a tartozatlan fizetés, az adásvétel miatti kerestek, a rabszolgák megrontása miatti, a gyámsági és megbízásnélküli ügyvitelhez kapcsolódó, a megbízási-, bérleti-, társasági keresetek, a tartozáselismerés miatti igények, a Favianusi kereset, a hitbizományi és végrehajtási kereset, a nem közbűncselekményi – amely húsz év alatt elenyészik –, hanem a polgári jellegű emberölési kereset, a szökevények visszahívása iránti, az erőszakkal elvett dolgok miatti *interdictum*. Vedd hozzá az okaiban vegyeseket: mint például a tulajdonközösség megosztására, a telekhatárok megosztására és az örökösstársi jogviszony megszüntetésére irányuló kereseteket.

XII.

A dologi keresetek jóhiszemű birtokossal szemben valójában a hosszú idő [*longi temporis praescriptio*], rosszhiszeművel szemben pedig az igen hosszú idő [*longissimi temporis praescriptio*] elévülésével szűnnek meg.

XIII.

Idem ius obtinet Hypothecaria. Sed iuri offerendi nullo tempore praescribi adserimus, quod plurimi negant.

XIV.

Praescriptio 40 annorum rerum est Ecclesiae, sublata illa 100 annorum, quae hodie in rebus est civitatum atque principis seu servitutes, seu vestigalia fuerint.

XV.

Neque computantur hic dies a momentis ad momenta, sed totus veluti unicus et individuus, neque utile tempus sed continuum, ex possessionis initio atque fine probato, advertitur.

XVI.

Sin vero litis contestatio vel alia quaevis denunciatio extra iudicialis intervenit, usucapio longi temporis ac quaevis alia praescriptio, non vero triennalis interrupta est civiliter. Altera enim interruptio naturalis requirit factum re ipsa.

XIII.

Ugyanez a jog érvényesül a jelzálogi keresetekre is. De a ius offerendinek semennyi elévülési időt nem biztosítunk, amit legtöbbször megkérdőjeleznek.

XIV.

Az egyházi dolgok negyvenévi, azok a kiemelt dolgok pedig, mint amilyenek manapság a városi községek vagy a fejedelem tulajdonába tartozó dolgok akár szolgalmak, akár *vestigalia*, százévnyi elbirtoklás alá esnek.

XV.

És nem számolják ki itt a napokat időről időre, hanem az összes napot, mint oszthatatlan egységet, és nem a hasznos, hanem a folyamatos időt figyelik a birtoklás kezdetétől és bizonyított végétől.

XVI.

Ha azonban *litis contestatio* vagy bármilyen más peren kívüli felszólítás közbejön, az elbirtoklás, a *longi temporis* és bármilyen más elévülés, kivéve a háromévest, megszakad a civiljog szerint. A másik, a természetes megszakadás ugyanis magából a dologból adódik.

XVII.

Tertium est formale ut sint res habiles ad usucapiendum, nec vitiosae. Hinc furtiva ac vi possessa nemo usucapiet, quamvis bona fide a fure vel raptore emerit, vel alia ex causa acceperit: quia reali vitio semper et ubique sunt affecta, nisi revertantur iuste in domini tanquam rei suae potestatem. Cui assimilatur tutor in pupilli, curator in rebus adolescentis atque servus in peculio.

XVIII.

Hinc torquet Dd. An partus ancillae furtivae possit usucapi, quod negamus, nisi apud bonae fidei possessorem conceptus edatur eo tempore, quo matrem ignorat furtivam. Idemque de animalium faetu atque fructibus quoque intelligimus. Immo apud furem hi concepti atque editi, perceptique apud bonae fidei possessorem, recte usucapiuntur.

XIX.

Pignus etiam creditori a debitore surreptum a bonae fidei emptore usucapietur, non hypotheca.

XVII.

A harmadik feltétel, hogy a dolog elbirtoklásra alkalmas legyen, ne legyen hibásan szerzett. Ezért a lopott vagy erőszakkal elvett dolgokat senki sem birtokolhatja el, még ha jóhiszeműen vette is a tolvajtól vagy a rablótól, vagy más jogcímen szerezte, mert mindig és mindenhol ténylegesen hibásnak minősülnek, hacsak jogosan vissza nem kerülnek a tulajdonos, vagy annak hatalmába, aki mintegy sajátjaként bírja azt. Ilyennek minősül a gyám a gyámlolt, a gondnok a fiataloskorú dolgaiban és a [rab]szolga a különvagyonban.

XVIII.

Pontosan ezt vizsgálják a doktorok: Vajon el lehet birtokolni a lopott rabszolganő gyermekét: ezt tagadjuk, hacsak a jóhiszemű birtokosnál megfogant gyermek meg nem születik még abban az időben, amikor ismeretlen az anya lopott volta. Ugyanezt gondoljuk az állatok kölykeiről és a gyümölcsökről. Méginkább helyesen birtokolják el a tolvajnál fogant, megszületett és a jóhiszemű birtokosnál beszédetteket.

XIX.

A hitelezőtől az adós által elloptott kézizálogtárgy a jóhiszemű vásárló által elbirtokolható, a jelzálog nem.

XX.

Quemadmodum usucapio sic etiam donatio inter civiles acquirendi modos numeratur, in specie non genere considerata. Estque datio ex liberali animo profecta propter causam vel conditionem. Et duplex est: Mortis causa et non mortis causa, quae donatio dicitur inter vivos. Uterque contractus habet naturam. Et solo sit consensu non re.

XXI.

Mortis causa donatio est, quae propter mortis sit suspicionem vel simpliciter vel aliquo ex periculo natam, qua non subsecuta, revocatur. Sicut alias etiam paenitentia donantis.

XXII.

Et transfert dominium ipso iure instar legatorum, quibus in causa intestati similis non est. Et quinque testes requirit non insinuationem.

XXIII.

An iuramento confirmata revocetur: Minime, quia inter vivos non mortis causa, erit donatio.

XX.

Miképpen az elbirtoklás, úgy az ajándékozás is a civiljogi szerzés módok közé soroltatik sajátosságaira, de nem eredetére nézve. Az ajándékozás szabad elhatározásból megy végbe valamilyen okra vagy körülményre tekintettel. És két fajtája van: a halál esetére szóló, valamint a nem halál esetére szóló, amelyet élők közötti ajándékozásnak neveznek. Mindkettő a szerződési jelleget mutat. És pusztán a megegyezés és nem a dologátadás hozza létre.

XXI.

Halál esetére szól az ajándékozás akkor, ha az vagy a mindennapi, vagy a valamilyen veszély miatti halál gondolatával történik, melyet ha az [a halál] nem következik be visszavonnak, mint olyanokat, melyeket megbánt az ajándékozó.

XXII.

És a tulajdon a jog erejénél fogva átszáll, mint a hagyományok esetén, amelyeknek a törvényes öröklés esetében nincs megfelelője. És öt tanú szükséges és nem jegyzőkönyvbe mondás [bejelentés].

XXIII.

Vajon az esküvel megerősített ajándék visszavonható-e? A legkevésbé sem, mivel élők között jön létre az ajándékozás és nem halál esetére.

XXIV.

Donatio inter vivos semel perfecta, contraria donatoris voluntate nunquam revocatur: verum ex donatarii ingratitude, quae certis ex causis arguitur.

XXV.

Perficitur autem cum donator suam voluntatem scriptis aut sine scriptis manifestaverit, quod inter absentes etiam valet. Sed opus est insinuatione, si ultra quingentos solidos, hoc est, aureos Hungaricos excesserit, nisi vel remuneratoria vel iurata fuerit. Quae contra iuris definitionem inter patrem et filium, atque coniuges quoque sunt ratae.

XXVI.

Omnium quoque bonorum tam praesentium quam futurorum donatio male a plerique improbatur, ut neque iuramento confirmata subsistat.

XXVII.

Qui non habens liberos donat vel omnia vel maximam bonorum partem, postea susceptis liberis merito revocat, etiamsi donarit Ecclesiae, et donans in dubio non praesumatur cogitare de liberis.

XXIV.

Amennyiben az élők közötti ajándékozás végbement, az ajándékozó akarata ellenére soha sem lehet visszavonni, csak a megajándékozott hálátlansága miatt, amelyre meghatározott esetekben lehet hivatkozni.

XXV.

Az ajándékozás akkor megy végbe midőn az ajándékozó akaratát írásba foglalja vagy írásba foglalás nélkül kinyilvánítja, ami távollévők között is érvényes. De be kell jelenteni, ha ötven solidus, azaz magyar arany fölötti értékre megy, kivéve ha viszont-ajándékról vagy esküvel megerősítettéről volt szó. Ezek a jogdefiniója ellenére apa és fia valamint házastársak között is érvényesek.

XXVI.

Sokan kétségesnek tartják mind a meglévő, mind pedig a jövőbeli teljes vagyon elajándékozását, olyannyira, hogy az még esküvel megerősítve sem érvényes.

XXVII.

Aki gyermekei nem lévén teljes vagyonát vagy annak nagy részét elajándékozta, de aztán gyermeke születik, joggal vonja azt vissza, akkor is ha az egyháznak ajándékozott. És kétség esetén nem vélelmezik, hogy az ajándékozó gondolt a [később születető] gyermekekre.

XXVIII.

Neque potest pater cum
generaliter tum specialiter et
nominatim huic beneficio
renunciare, addito etiam iuramento.

XXIX.

Sin vero quis filio emancipato
donat vel omnia vel partem
bonorum, et postea nascuntur alii,
revocantur donata quo ad legitimam.

XXX.

Est et aliud genus inter vivos
donationis, a priore diversum a quod
nec ante nec post sed donatio
propter nuptias dicitur, vel
sponsalitia largitas, quae instar dotis
non solum antecedit matrimonium,
sed eo etiam contracto constitui et
augeri potest.

XXXI.

Regulariter dos et donatio
propter nuptias sunt aequales, sed
consuetudine tam in constitutione,
quam pactis lucrorum inaequales
fieri possunt.

XXVIII.

Az apa amint általánosan, úgy
egyedileg, sőt név szerint sem mond-
hat le erről a kedvezményről, még
esküvel megerősítve sem.

XXIX.

Ha azonban valaki emancipált fiá-
nak ajándékozza egész vagyonát vagy
annak egy részét és azután más gyere-
kei születnének, visszakéretik az
ajándék a kötelesrész mértékéig.

XXX.

Van egy másik fajtája is az élők
közötti ajándékozásnak, az előzőtől
különböző, amelyet nem házasság
előtti vagy utáni, hanem a házasság
miatti ajándékozásnak nevezik, vagy
jegyességi bőkezűségnek, amely a
hozományhoz hasonlóan nem csak
hogy megelőzi a házasságot, de ezen
szerződés által létrehozható és gya-
rapítható is.

XXXI.

Rendesen a hozomány és a házas-
ság miatti ajándék egybeesnek, de a
szokás alapján mind a megalapítás-
ban, mind a hasznokról szóló megál-
lapodás tekintetében eltérőek lehet-
nek.

XXXII.

Qui ergo iuxta praedicta ex gentium et civili iure dominus est, facultatem habet de suis rebus libere ad utilitatem disponendi, sub quibus etiam personas includo. Unde oritur duplex dominii effectus, alius est rerum, alius personarum.

XXXIII.

Quia vero dominium est iuris, non corpore sed ratione consistit, adeo, ut illius, propter individuum societatem communio personarum indicat unitatem: Recte concludimus, quod merito sit interdicta rei dotalis alienatio vel obligatio, consentientibus etiam mulieribus quia non solus, sed utrique et viri et mulier domini illius intelliguntur, constante matrimonio propter quod est data.

XXXIV.

Quod si mulier iuraverit: Tenebitur quod in sponsa nubili etiam valebit, sicut quoque statutum de lucranda dote soluta vel promissa.

XXXII.

Aki tehát az előbb elmondottak szerint a népek joga vagy a civiljog szerint tulajdonos, annak lehetősége van saját dolgai felett szabadon rendelkezése szerint rendelkezni, amelyek közé a személyeket is bele értem. Amiből a tulajdon két hatása keletkezik, ez egyik dologi, a másik személyi.

XXXIII.

Mivel a tulajdon nem fizikai, hanem jogi értelemben áll fenn, egységet jelent, ahogyan az osztatlan társaság is a személyek közösségként: Helyesen következtetünk tehát, hogy a hozományi dolog elidegenítése és lekötése joggal van megtiltva, akár a feleségek tudtával is, mert nem csak ő, hanem mindkét fél, a férj és a feleség is tulajdonosnak tekintendő, amíg a házasság fennáll, hiszen amiatt lett adva.

XXXIV.

Ha a feleség esküvel megfogad valamit: amit eljegyzett menyasszonyként megfogad, érvényes lesz házasként is, éppen így áll a dolog a rendelkezésre bocsátott vagy az ígért hozomány megszerzésével kapcsolatos rendelkezéssel is.

XXXV.

Aliud quoque Privilegium dotis est, quod mulier in illa soluta, vel promissa (non confessata) praeferatur omnibus creditoribus mariti, (etiam fisco in dubio) sive tacitam, sive expressam habeant Hypothecam.

XXXVI.

Immo etiam dos repeti potest constante matrimonio, si maritus quovis casu ad inopiam vergat, nisi mulier sciens nupserit obaerato cuius tamen omnia, et magna bona dotalia sunt, si dos definita non sit.

XXXVII.

Creditor etiam ex pactione potest pignus alienare quamvis ea res illius non sit, ex debitoris praesumpta voluntate at iuxta praescriptum legis. In eo enim quod superest, utrique actio manet integra.

XXXV.

A hozomány másik privilégiuma, hogy a nő mind abban amit [a hozomány fejében] teljesítettek, vagy (nem megerősítve) megígértek, megelőzi a férj összes hitelezőit (kétség esetén a fiscust is), akár hallgatólagosan, akár kifejezetten jelzáloggal bírnak is [utóbbiak].

XXXVI.

A hozomány viszont vissza is követelhető a házasság fennállása alatt, ha a férj valamilyen okból kifolyólag vagyonát elveszítené, kivéve, ha a feleség úgy kötött házasságot, hogy tudomása volt férje adósságáról, aki-nek így mindene s valamennyi vagyona hozományinak számít, feltéve, hogy a hozomány értéke nem lett meghatározva.

XXXVII.

A megállapodás szerint a hitelező is elidegenítheti a zálogtárgyat, bár a dolog nem képezi tulajdonát, az adós vélelmezett akaratából és csakúgy a törvény előírása alapján. Ami azonban fölöslegként megmarad, arra mindkét kereset csorbíthatatlanul vonatkozik.

XXXVIII.

Pupillo etiam sine Tutoris autoritate nullius rei alienatio est concessa, quamvis dominus sit. Ideoque si alicui mutuum dederit pecuniam, non contrahit obligationem, quia pecuniam non facit accipientis, et vindicari potest. At si bona fide ab eo qui accepit consumpti sunt, condicuntur, sin mala fide, ad exhibendum agi potest.

XXXIX.

Et quia solutio est species alienationis, nec solvere possunt creditoribus pupilli, neque iisdem a debitoribus solvi potest, nisi cum autoritate tutorum vel curatorum, decreto iudicis [sic!!] praecedente.

XL.

Qui vero aliter solverit denuo a pupillo compelli potest, neque agentem excipiendo repellat, nisi quantum factus sit locupletior propterea quod temere sine autoritate Tutoris et non secundum iuris dispositionem solverit.

XXXVIII.

A gyámoltnak sincs megengedve semmilyen dolog elidegenítése, még ha tulajdonos is lenne. Ezért ha valakinek pénzt adott kölcsön, nem jön létre kötelem, mert a pénz nem lesz a kölcsönvevőé és vissza lehet követelni. És ha az, aki kapta jóhiszeműen elköltötte, attól condictióval követeltetik, ha pedig rosszhiszemű volt, felmutatásra lehet perelni.

XXXIX.

És mivel a teljesítés az elidegenítés egy sajátos esete, sem a gyámoltak nem teljesíthetnek a hitelezőknek, sem nekik nem teljesíthetnek az adósok, kivéve, ha a gyám vagy a gondnok abba bele nem egyezik, a bíró megelőző decretum alapján.

XL.

Aki pedig ismét másképpen teljesít, azt a gyámolt be vádolhatja és nem háríthatja el kifogásával a felperest, kivéve, annak tekintetében amivel azért válik gazdagabbá??, mert meggondolatlanul a gyám hozzájárulása nélkül és nem a jog előírása szerint teljesítene.

XXI.

Alterius dominii quod habemus in personas, effectus est, ut per eas non minus acquiramus quam per nobismetipsos. Quicquid igitur filiof. ex re patris obvenit (peculium profecticium) totum acquiritur parenti et dominio et usufructu.

XXII.

In peculio autem adventicio pater solum habet usumfructum proprietate apud filium remanente, qui in castrensi et quasi castrensi peculio, pleno iure dominus est, ut neque usuf. ad patrem pertineat, neque praemium emancipationis.

XXIII.

Servi etiam quod extraditione per legitimam causam nascuntur. Illud dominis ignorantibus et invitis acquirunt praecipue si iussus ubi necessarius est praecedat quia nihil suum habere possunt.

XXI.

A másik tulajdonnak – melyet személyek fölött bírunk – az a hatása, hogy általuk ugyanúgy szerzünk, mintha önmagunk szereznénk. Bármilyen száll ugyanis a családgyermekre, az az apa dolgai révén (melyet peculium profectitiumnak nevezünk), mindent a szülőnek szerez, tulajdonként is és haszonélvezetként is.

XXII.

Az adventicius különvagyonban az apa csak haszonélvezettel bír, míg a tulajdon a fiúnál marad, aki a peculium castrense-ben és quasi castrense-ben teljes tulajdonnal bír, úgy, hogy sem a haszonélvezet, sem az emancipatio díja nem illeti meg az apát.

XXIII.

Traditio útján a rabszolgák is szerezhettek törvényes jogcímen javakat. Ezt uraik tudta nélkül és akarata ellenére is megszerzik, főképp ha az engedett, ahol szükséges, szem előtt tartva azt, hogy sajátjukként semmivel nem rendelkezhetnek.

XLIV.

Quia vero hic dominus est duplex proprietarius et usufructuarius illi omnia cedunt praeter ea quae ex operis sui atque rebus servus acquirit. Quod etiam in eo intelligimus qui bona fide possidetur, sive is liber sit alienus servus.

XLV.

Nec solum proprietas sed etiam possessio per eosdem servos acquiritur pro iure civisque domini.

XLVI.

Ex quibus apparet per istos homines qui potestati nostrae subiecti non sunt, neque dominium neque possessionem alicuius rei iure potestatis acquiri. Quod enim procurator homo liber utrumque possit, causam dat contractus mandati non status.

**Theses morales ex lib. 4. Eth.
Arist.**

I.

Veritas est virtus quae in dictis et factis veritatem observat, cuius extrema sunt arrogantia et Dissimulatio. Utriusque genus est mendacium, quod si publicae honestatis atque utilitatis causa quis ferit, virtus est.

XLIV.

Mivel pedig az ilyen úr egyszerre tulajdonos és haszonélvező, minden reá száll azután, amiket a szolga saját munkájából vagy dolgai révén szerez meg. Ebbe azt is beleértjük, aki jóhiszeműen birtokol akár szabad ember, akár másnak a szolgálja lenne.

XLV.

Nem csak tulajdon, hanem birtok is szerezhető ugyanazon rabszolgák által a polgár és tulajdonos jogához mérten.

XLVI.

Ezek alapján nyilvánvaló, hogy azok által a személyek által, akik nem állnak hatalmunk alatt, semmiféle dolog tulajdonjogát, sőt birtokát a *potestas* jogán nem szerezhetjük meg. Ugyanakkor a *procurator*nak szabad emberként mindkettőre lehetősége van, de ennek okát a megbízási szerződés és nem a status adja

Erkölcsei megállapítások Arisztotelész Etikájának 4. könyvéből

I.

Az igazság erény, amely a mondottakban és cselekedetekben az *igazságra figyel*, s aminek végfoka az elbizakodottság és az elhanyagolás. Mindkettő *fajtája* a hazugság, melyet ha valaki a közösség becsülete és haszna okából gyakorol, az erény.

II.

Urbanitas est virtus quae mediocritatem in ludo et ioco liberali servat, cuius extrema sunt scurrilitas in excessu, et Rusticitas in defectu.

III.

Pudor non virtus sed affectus est ex metu infamiae, et proprie decet iuventutem quae affectu potius quam ratione vivens pudore in viam est revocanda. A viris et senibus pudor alienus est, quia nihil committere debent, propter quod erubescere cogantur.

Themata politica ex. lib. 3. Polit. Arist.

I.

Omnium rerum communio in Rebuspub. merito improbatur sed non perpetuitas magistratus in Monarchia et Aristocratia, licet Democratiae sit valde odiosa.

II.

Errat itaque Plato qui uxorum et liberorum probat communitatem: quia naturae ac rationi repugnat, sicut etiam bigamia, polygamia, quae causa est, cur statum viduitatis mutari nollemus.

II.

A műveltség erény, amely ügyel a mértékletességre a szabad emberhez illő játékokban és tréfában, s ennek végfoka a bohóckodás, hiánya a faragatlanság.

III.

A szemérmesség nem erény, hanem érzés, mely a becstelenségtől való félelemből ered és különösen az ifjúsághoz illenék, amely inkább szenvedélyből, mint megfontoltsággal élén a szemérmesség által térítendő vissza a helyes útra. A férfiakra és az idősekre nem jellemző a szemérmesség, mivel nincs szükségük olyan cselekedetre, ami miatt szégyenkezniük kellene.

Politikai tételek Arisztotelész Politikájának 3. könyvéből

I.

Joggal helytelenítik valamennyi dolog köztulajdonát az államokban, szemben a köztisztviselők állandóságával a monarchiában és az arisztokráciában, habár a demokráciákban ez nagyon gyűlöletes.

II.

Ezért téved Platón, aki a feleségek és a gyermekek feletti közösséget helyesli. Mert nem egyeztethető össze a természettel és az ésszerűséggel, mint ahogy például a bigámia és a poligámia, ami miatt az özvegyiség állapotát megváltoztatni nem akarjuk.

III.

Et sicut aequalem facultatum reiiicimus communitatem, sic e diverso cum Platone contra Aristotelem statuimus, aequae mulieres ac viros ad publica munera esse cum belli tum pacis tempore aptas. Neque sicut servis, ita etiam subditis arma sunt interdicenda.

IV.

Num certo civium numero Rempub. definire oportebit? Minime. Sed immensa divitiarum sitis in omnibus est coercenda, et tempore pacis in militia ex ercendi, vel nobiles vel artifices fuerint, quia hi aequae cives sunt sicut illi.

V.

Et Sacerdotes sunt pars Reipub. cui expedit unum habere tribunal ad quod fiat appellatio in quo etiam viva voce non scripto sententia feratur.

VI.

Qui tempore belli perierunt illorum quoque filii publicis sumptibus alendi sunt.

III.

És például elutasítjuk a lehetőségek egyenlő közösségét, így Platónnal tartva Arisztotelésszel szemben megállapítjuk, hogy a nők és férfiak a közterhek viselésére mind háború, mind béke idején egyenlően alkalmasak De például a szolgák és az alávetettek eltiltandók a fegyverektől.

IV.

Vajon kívánatos-e az állam polgárainak számát megszorítani? Semmiképpen sem. De a gazdagság túlzó vágya mindenkor megzabolázandó és a fegyveres gyakorlatok béke időben is folytatandók, akár nemesek, akár kézművesek esetén, mert ezek éppolyan polgárok, mint amazok.

V.

A papság is része az államnak, akinek üdvös egységes ítélkezési fórumot bírni, amelyekhez legyen fellebbezés, s ahol ne csak írásban, hanem élő szóval is kimondják az ítéletet.

VI.

Azok fiait, akik háború idején estek el, közkölségen kell felnevelni.

VII.

Magistratum quoque tutius est divitibus quam pauperibus committere, ad cuius rationem reddendam cogendi sunt etiamsi coacti susceperint. Probamus etiam publica convivia in civitatibus haberi et servos legibus severioribus prae aliis coercendos.

VIII.

Honestatis magistra est lex, qua non data neque offendere contingit. Huius custos est Magistratus qui neque sponte susceptum officium deserere potest, neque in iudiciis quo minus sententiam ferat, a populo impediendus.

IX.

Quid si dissentiat inter se? Arbitrio populi res committenda, qui unum plures habere magistratus, atque aliquem pecuniis emptum minime feret.

X.

Innocens etiam falso accusatus et legitime convictus iuste condemnari potest, nec ebrietas excusabit sed paenam merito adaugét.

VII.

Biztosabb dolog köztisztiséget tehetősekre bízni, mint szegényekre, melynek abban van az észszerűsége, hogy ők nem kényszerülnek elvállalni a tisztiséget, még ha kényszerítik is őket. Helyeseljük, hogy a városi közösségekben tartsanak társas mulatságokat, valamint azt is, hogy a szolgálkat másokhoz képest szigorúbb törvényekkel büntessék meg.

VIII.

A törvény a tisztességességnek olyan tanítómestere, amelyet nem lévén megsérteni sem sikerül. Ennek az őre a közhivatalnok, aki a felvállalt feladatát önként nem adhatja fel, de a nép sem akadályozhatja meg, hogy bírói feladatkörében ítéletet hozzon.

IX.

Mi legyen ha valamiben nincs egyetértés? A nép ítéletére kell a dolgot bízni, aki egyáltalán nem tűri el, hogy egy ember több hivatalt viseljen és hogy pénzen vásároljanak meg valakit.

X.

A hamisan vádolt és törvényes bizonyítékok által terhelt ártatlant is jogosan lehet marasztalni, és a részegség sem mentesít, de a büntetést joggal tetézi.

*Quae tua sunt, alii prosunt
Communia Sunt.*

*Divide: lex sociati esto magistra
fori.*

Ezek a te saját dolgaidra vonatkoznak, mások legyenek a közösség hasznára.

Fontold meg: a törvény egy közösség számára legyen a közügyek eligazítója.

BÉLA P. SZABÓ

DIE ERSTE GEDRUCKTE JURISTISCHE ARBEIT VON KRISTOF LACKNER

(Zusammenfassung)

Kristof Lackner (1571–1631) war 32 Jahre lang der Bürgermeister der Stadt Sopron (Ödenburg). Er war einer der bedeutendsten ungarischen Juristen des 16–17. Jahrhunderts, der auch bemerkenswerte philosophische und literaturgeschichtliche Werke verfasst hat. Der vorliegende Beitrag beschreibt die Entstehung und den Inhalt seiner ersten gedruckten Schrift, der in Graz 1592 verteidigte „Theses“.

Es handelt sich um eine disputatio, deren Defension sein Studium in der Grazer Landschaftsschule – illustre gymnasium in den 80-er Jahren des 16. Jhs. abgeschlossen hat.

Diese Schule gehörte zu den besten Ausbildungsstätten des Deutschen Reiches; Strassburg und Altdorf haben nur mehr Ansehen genossen. Im Anwesen wurden auch juristische Kenntnisse unterrichtet, wie es auch aus dem Thema Lackners disputatio hervorgeht.

Der Beitrag vermittelt wertvolle Informationen über die Lehrpersonal der Anstalt, über die Laufbahn der berühmtesten Professoren. Im Zentrum steht die Tätigkeit von Nicolaus Gablmann, der Lackners geehrter Lehrer war.

Das Kind Lackner hat seine schulische Ausbildung sicherlich in Sopron angetreten; in seiner Heimatstadt dürfte er Lesen und Schreiben, Deutsch und Latein gelernt zu haben. Daneben hat er aber auch die Lehre in der Goldschmied-Werkstatt seines Vaters absolvieren müssen. Erst nach einer ernsthaften Grundausbildung brach er in die Grazer Schule auf.

Die disputatio war eine kleinere wissenschaftliche Arbeit, die bereits den Rang eines actus academicus erreichte. Der betreuende Lehrer hat deren Anfertigung geleitet und an der mündlichen Defension teilgenommen. Der

Verfasser musste in einem öffentlichen Akt sein Werk gegen die Kritik des respondens verteidigen.

Der vorliegende Beitrag bringt den Lateinischen Originaltext Lackners disputatio und bietet dessen Ungarische Übersetzung.

GERHARD THÜR

Athén bírósági szervezete a Kr. e. 4. században¹

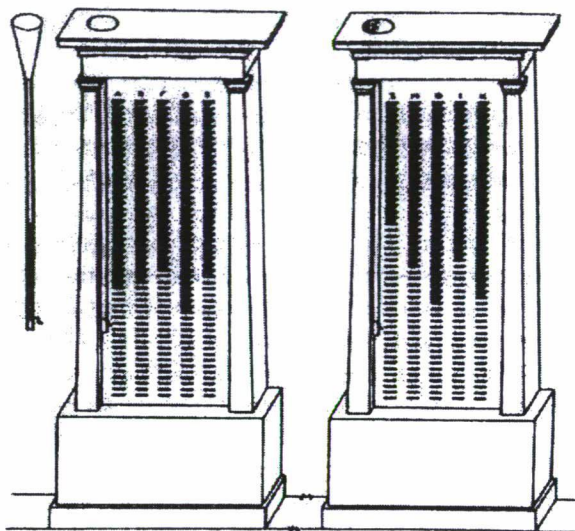
Az attikai retorika a Kr. e. 4. században élte virágkorát. A retorika szoros kapcsolatban áll a demokráciával: aki jelentős embertömeget meghatározott akaratnyilvánításra kíván motiválni, annak ismernie kell az emberi *psyche* törvényeit és értenie kell ahhoz, hogy azokat a maga érdekében felhasználja. A tíz (ismert) attikai rhétor munkásságának jelentős részét alkotják a perbeszéddek. Az athéni bíróságok (*dikasztérionok*) többnyire esküdtek testületei voltak; a legegyszerűbb magánjogi perben 201 főből álló *dikasztérion* döntött, de a per tárgyától függően léteztek 401, 501, 2.501 sőt 6.000 bíróból álló bíróságok is. A bírók átlagemberek, szakképzetlenek voltak, akik a démoszból, Athén polgárainak összességéből kerültek ki. A demokratikusan szerveződött bíróságok struktúrájából eredően szinte minden pernek politikai dimenziója volt. Az eljárás menetében nem volt lényeges különbség a magánjogi és közjogi-politikai per (pl. felségárulás) között. Jelen tanulmány célja az általános perjogi szabályok szemléletes, közérthető összefoglalása, különös figyelemmel a modern jogi gondolkodástól eltérő, annak sokszor ellentmondó athéni perjogi alapelveknek.

Az athéni perbeszéddek elsősorban azért számítanak a világirodalom gyöngyszemeinek, mert az érvelési technika kiváló példái. A jogászok azonban évszázadok óta főleg azért értékelik nagyra őket, mert az athéni jog forrását látják bennük.² Ezt a forrásanyagot a 19. század óta köbe vésett, feliratos emlékek egészítik ki, melyek a jogélet fontos dokumentumainak tekinthetők. Ezek a bírósági szervezetről sokszor csak apró töredékeket tartalmaznak, de a mai napig újabb és újabb leletek kerülnek elő. 1891-ben bukkant fel egy szerencsés papyrusz-lelet, amely rövid, irodalmi ambíció nélkül fogalmazott munkát tartalmazott „Az Athéniek államáról” (*Athenaion Politeia*, a továbbiakban AP)

¹ A tanulmány német nyelven a *Große Prozesse im antiken Athen*, szerk. L. Burckhardt/J.v. Ungern-Sternberg, München 2000, című kötetben jelent meg. A magyar fordítás Jakab Éva munkája.

² Lásd G. THÜR: *Juristische Gräzistik* (1991).

címmel, Arisztotelész előadásából. Ez a forrás kiválóan kiegészíti a Kr. e. 4. századi perbeszédeket, mert rövid, de rendszerezett áttekintést ad a különböző bíróságokról, az illetékességi szabályokról és az eljárás menetéről. A bíraskodás menetéről Athénban hasznos információkkal szolgálnak régészeti leletek is, mindenekelőtt az amerikai ásatások eredményei az *agorán*. Például az AP 63,2 alatt említett *kleroteria* jelentéséről kezdetben az volt az uralkodó nézet, hogy azok a bírák kisorsolására használt „helyiségek”; végül 1939-ben sikerült különlegesen megmunkált kötömbök alapján „sorsoló gépként” azonosítani őket³ (1. ábra).

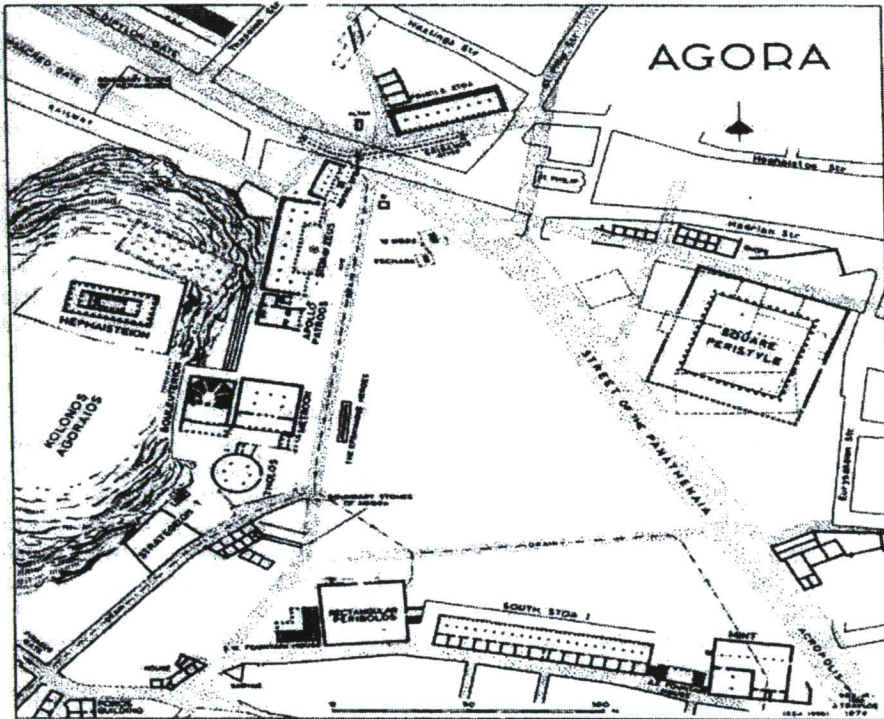


1. ábra. Kleroteria (sorsológépek) rekonstrukciója

Az egész athéni perjog alapos, rendszerezett áttekintését adja Harrison, *The Law of Athens II, Procedure* című műve; természetesen a tudomány 1971-es állása szerint. Azóta azonban újabb kutatásokat folytattak az athéni perjog főbb alapelveiről, és sikerült pontosabban meghatározni a peres eljárás külső lefolyását. Az utóbbi területen elsősorban Boegehold, *The Lawcourts at Athens* (1995) c. művét kell megemlíteni. A szerző összegyűjtött minden athéni feliratos és régészeti emléket, melyek a bíróságok lokalizálásáról, felszereléséről, épületeiről és technikai eszközeiről szólnak. Boegehold az egyik fejezetben rekonstruálja a fenti külső adottságok alapján a bírósági eljárás minden egyes lépését és a perjogi jellemzők alapján három periódust különböztet meg. Az első a Kr. e. 460–410 közötti időszak, ami a jelen tanulmány számára csak

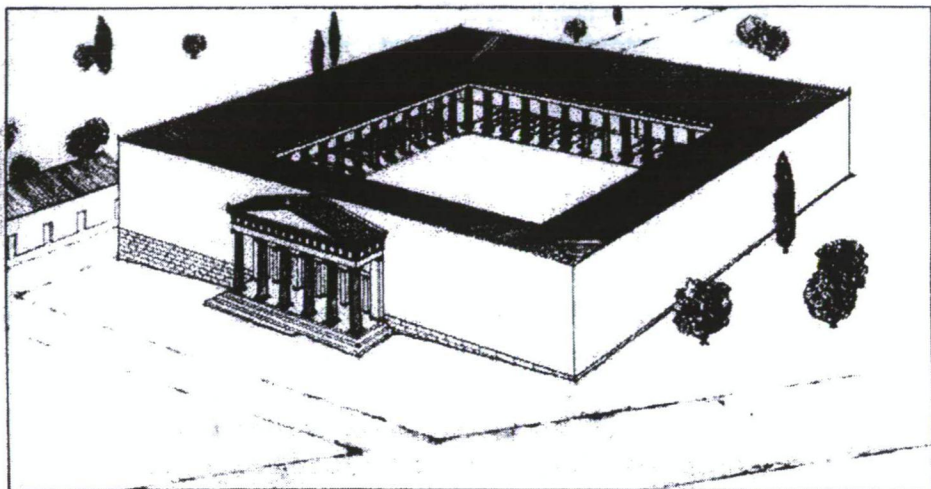
³ LIPSIVS: AR 146, revideálta S. Dow: Aristotle, the Kleroteria and the Courts, HSCP 50 (1939) 1–34.

előzmény. A 4. század szempontjából a Kr. e. 410–340, illetve a 340–322 közötti korszak a releváns. Boegehold megállapítja, hogy az utolsó időszak legjellemzőbb vonása az, hogy a rendes bíróságok működése egyetlen épületre, az agora északkeleti részén található négyszögletes *perisztylumra* koncentrált (lásd térkép: 2. ábra és rekonstrukció: 3. ábra).



2. ábra. Az athéni agora Kr.e. 300 körül

Boegehold azonban csak a bíróságokkal foglalkozik; nem tárgyalja tehát az igazságszolgáltatás egyéb elemeit: a peres felek, a felperesi legitimáció, az igazságszolgáltatást (*iusisdictiōt*) végző tisztségviselők sora (azok a „hivatalnokok”, akik illetékességük keretében a pert bevezetik és akik a *dikasztérionok* elnökei), valamint az eljárás alapelvei hiányoznak művéből. Ezért a következőkben először ezekkel a kérdésekkel kell foglalkoznunk, mielőtt Arisztotelész és Boegehold vezetésével részt vennénk egy Kr. e. 340 körül zajló bírósági tárgyaláson.



3. ábra. Az agora északkeleti részén fekvő négyszögletes alaprajzú perisztylum

Bármely athéni polgár, aki úgy érezte, hogy jogában sértették, magánjogi keresetet (*diké*) indíthatott ellenfele ellen. Ugyanígy kereseti joga volt minden Athénban letelepedett idegennek (*metoikosz*), sőt bizonyos körülmények között még a le nem telepedett, átutazó idegennek is. A *diké* több jelentésárnyalattal bír: jelent „keresetet”, „kereseti jogot”, de jelentheti magát a „pert” is, azaz a kereseti jog érvényesítésére szolgáló bírósági eljárást. Helytelen azonban a tárgyi értelemben felfogott „jog” vagy „igazságosság” jelentést tulajdonítani neki. A szó jogi alapjelentése az a viszony, amely egy személyt, az alperest, alávet a felperes végrehajtó, elégtételt kereső önhatalmi aktusának. Az athéniaiak a felperest még a 4. században is „üldözőnek” (*diôkon*), az alperest „menekülőnek” (*pheúgon*) nevezik. Az alperes személye elleni, a testére menő, elégtételt szolgáltató jelleg abban is megmutatkozik, hogy az emberölés miatti pereket is a magánjogi peres eljárás keretében, *diké* formájában tárgyalták. Felperesként csak a legközelebbi, vérbosszúra jogosult férfi rokonok élveztek legitimációt. A magánjogi *diké* mellett számos közjogi kereset is létezett. Ezek *popularis actiôk* voltak, azaz bármely feddhetetlen polgár megindíthatta őket. Ide tartoztak az állam elleni bűncselekmények, például a hazaárulás vagy az istentelenség, azaz a szűkebb értelemben vett politikai bűncselekmények.

Kiszolgáltatót magánszemélyek is élvezhették a populáris kereset nyújtotta védelmet; például a serdületlen a hűtlen gyámi vagyonkezelés vagy az idős szülők a felnőtt gyermekeik általi bántalmazás esetén. A populáris kereset általános formáját *graphénak* nevezték („írott kereset” – bár a 4. században már a *dikét* is írásban adták be); emellett számos speciális formája is létezett, mint pl. az *eiszangelia* („bejelentési kereset”), vagy a *phászisz* („feljelentés”). Az athéni büntető igazságszolgáltatás tehát a legitimált vagy érdeklődő, de mindenesetre aktívan fellépő magánszemélyek kezdeményezése alapján működött. Semmi-

lyen állami bűnüldöző vagy vádló szerv (a mai ügyészség megfelelője) nem létezett. Különleges esetben a népgyűlés esetleg egyes magánszemélyeket (*cetetai*, kivizsgálók) felruházhatott azzal a joggal, hogy az egész közösség ellen irányuló bűncselekményeket állami tekintély igénybevételével kivizsgálják.

Az idézés, vagyis az alperesnek (és a tanúknak) a bíróság elé hívása a felperes magáncselekménye volt, amely pusztán szóbeli aktus formájában zajlott. Csak athéni polgárjoggal nem rendelkező személyek ellen engedték meg a fizikai erőszak alkalmazását. Kivételes esetben, bűnözőkkel szemben a felperes kérhette a hatóság beavatkozását és az alperes letartóztatását. A politikai bűncselekmény miatti *eiszangelia*-eljárás esetén az „ötszázak” tanácsa (a *boulé*), aki a vádiratot fogalmazta, határozatot hozhatott a vádlott letartóztatásáról is. Politikai bűnözők elfogatása és bíróság elé állítása céljából esetenként pénzjutalmat tűztek ki. Magánszemély általi idézés esetén a felperes az alperes előtt megnevezte a kereseti követelését és tanúk előtt felszólította őt, hogy a meghatározott napon jelenjen meg vele együtt az illetékes tisztségviselő (*archon*) előtt.

Az athéni demokrácia számos magánszemély tevékenysége révén működött, akik rövid időre, többnyire egy évre, az állami hatalom hordozójaként hivatalt vállaltak. A tisztségviselőket sorsolás vagy választás útján jelölték ki. Minden tisztségviselőt megilletett az a jog, hogy hivatali hatalmával élve az ellenszegülő ellen kisebb büntetést szabjon ki, illetve a tárgyi illetékességi körén belül keresetet fogadjon el (vegyen át), azt előzetes eljárás keretében megvizsgálja és valamelyik *dikasztérion*hoz továbbítsa ítélelhozatal végett.⁴ Az *Athenaion Politeia* részletesen foglalkozik az egyes kollegiális vagy monokratikus alapon működő tisztségviselők pertárgy szerinti illetékességével; különösen a tanács (*boulé*), a kilenc *archon* és a katonai előjárók jogkörével (cap. 43–62).

Az igazságszolgáltatásról túlnyomórészt a kilenc *archon*, a polgári állami főhatalom hordozója, gondoskodott. Az *archon* a családjogi és öröklési jogi ügyekben, a *baszileusz* az emberölési és szakrális perekben (ide tartozott az istentelenség, az *aszebia* is), a *polemarkhosz* az idegenekkel folytatott perekben volt illetékes. A populáris keresetek többnyire a *themoszthetész*ek alá tartoztak. A taxatív szabályozott tényállásokon túl minden magánjogi per a „Negyvenek” grémiuma alá tartozott. Az *eiszangelia* nevű keresetet a népgyűlésnél vagy a *boulénál* is be lehetett adni. Athénban nem létezett állandó bírósági szervezet vagy – a római praetorhoz hasonlóan – olyan konkrét tisztségviselő, aki a *iurisdictio* egyedüli letéteményese lett volna és akinél bármilyen pert meg lehetett volna indítani.

Ha a megkeresett tisztségviselő elfogadta a keresetet, kijelölte az időpontot az előzetes eljárás, az *anákriszisz* (kivizsgálás) lefolytatására. Itt a tisztségviselő

⁴ Aisch. 3, 14.27.29 és IG II² 244, 32 a *hegemonia dikasztérion* kifejezést használja. Vö. G. THÜR: *Mauerbauinschrift* (1985) 68.

elnöklete alatt a feleknek lehetősége nyílt arra, hogy álláspontjukat, amit a főeljárásban az esküdtek előtt képviselni akarnak, előzetesen tisztázzák, előkészítsék, azaz egymást „kivizsgálják”. A felek a kölcsönösen feltett, formális kérdésekre kötelesek voltak válaszolni (ezáltal rögzítették perbeli pozícióikat), és kötelesek voltak előadni a bizonyítékokat, amelyeket fel kívánnak használni a *dikaszerion* előtt. A pernek ezt a szakaszát „dialektikusnak” is nevezhetjük, mert a felek kérdés-felelet formájában, egymás nyilatkozataira válaszolva cselekszenek. Ezzel szemben a főeljárás a *dikaszerion* előtt a retorikus szakasz, amikor a felperes és az alperes ügyét összefoglaló és összefüggő perbeszédben adja elő.⁵ A tisztségviselők az eljárás egyik szakaszában sem játszottak aktív szerepet. Működésük arra szorítkozott, hogy az eljárás zavartalan lefolyását biztosítsák. Az előzetes eljárás során a felek formálisan felszólíthatták egymást bizonyos cselekmények végrehajtására, így például, hogy az ellenfél erősítse meg esküvel állítását, vagy a tanúként használt rabszolgát bizonyos kérdésről kínvallatás alatt kényszerítse vallomásra, vagy adja ki kínvallatás céljából. Ha az ellenfél a felszólítást (*prókleszisz*) visszautasította, ezt érvként lehetett felhasználni ellene az eljárás második szakaszában, az esküdtek előtt. Emberölés miatti eljárás esetén az előzetes eljárás neve *prodikasziái* volt és három egymást követő hónapon át tartott; a felperes, az alperes és a tanúk kötelesek voltak három időpontban ünnepélyes esküt tenni.

Ha a felek az előzetes eljárás során nem tudtak egyezsége jutni, a tisztségviselő valamelyik *dikasztérion* elé „irányította” az ügyet (*eiszágein*). Ez úgy zajlott, hogy bejelentette a *thesmothetészek* előtt, hogy az adott ügyre előírt nagyságú *dikasztérionra* (esküdtek testületére) van szüksége. A *thesmothetészek* a szükséglet alapján jelöltek ki tárgyalási napokat és sorsolás útján osztották el az esküdtbíróságok között az egyes ügyeket (AP 59,1). A bírósági tárgyalás napján a peres felek kötelesek voltak személyesen megjelenni a *dikasztérion* előtt, amely az előzetes eljárásban eljáró tisztségviselő elnöklete alatt ülésezett, és a perbeszédet is személyesen kellett előadniuk. Kivételes esetben megengedhették, hogy a peres fél mellett szószóló (*szynégorosz*) is fellépjen. Az attikai rétorok tehát nem „ügyvédként” tevékenykedtek (a mai „ügyvéd” szó jelentése értelmében), hanem a háttérben működő „beszédíróként” (*logographosz*). A rétor feladata az volt, hogy az ügyfele testére szabott és az esküdtekre kiszámítottan ható, megindító beszédet fogalmazzon meg. Az elérni kívánt kettős pszichológiai hatás kiváló felkészültséget követelt meg. A rétorok csak akkor léptek fel személyesen az esküdtek előtt és adták elő maguk a beszédüket, ha politikusként populáris kereset felpereseként vagy alpereseként szerepeltek, vagy esetleg a *szynégorosz* pozíciójában segítettek ügyfeleknek. A felperesi és az alperesi perbeszéd meghallgatása után az esküdtek még ugyanazon a napon szavazás útján döntöttek el a pert; az ítélet ellen nem volt helye fellebbezésnek.

⁵ THÜR (1977) 155 pp., 313.

De hol ülészektek a mai mértékkel mérve tetemes létszámú bíróságok a Kr. e. 4. században? A politikai perek, az *eiszangelia*-eljárások, amelyekben az egész népgyűlés (*ekkleszia*) döntött, a népgyűlés szokásos színhelyén folytak. Ez a *Pnyx* nevű alacsony domb volt az *agorától* délnyugati irányban, kb. 400 m távolságra. Kr. e. 400 körül átépítették a helyszínt, ettől kezdve akár 8.000 polgár is helyet foglalhatott itt. Számos perben legalább 6.000 résztvevőre volt szükség (a 20. életév betöltésétől, azaz a katonai kiképzés teljesítése után minden athéni polgár a népgyűlés tagja lett). Az egyéb – tulajdonképpen – bíróságok kezdetben a város területén szétszórtan helyezkedtek el. Így például az *Odeion* vagy a *Sztoa poikile* is tárgyalási helyszínül szolgált; a fő tárgyalási helyszín azonban az *agora* volt. Végül Kr. e. 340 körül a fent már említett négyszögletes *perisztylium* lett az *agorán* a bírósági tárgyalások központi színtere (3. ábra). Ezen bíróságok tagja lehetett minden 30. életévét betöltött polgár, aki a bírói esküt letette.

Még mindig nem tisztázott viszont a *Heliaia* néven emlegetett épület pontos topográfiai helye. A tudósok egyetértének abban, hogy a kifejezés (melynek szó szerinti fordítása „gyülekezet”) Szolón óta Athén esküdtbíróként ténykedő polgárait jelenti; sőt, sokszor konkrétan a bizonyos tisztségviselőhöz rendelt esküdtbírói testületet. A 4. századtól kezdve azokat a *dikasztérion*okat is így nevezik, akik legalább ezer vagy ezt meghaladó főből állnak. Az esküdtbíróság üléseinek helyt adó épületet is illetik a *Heliaia* szóval. A helyszín azonosítására két régészeti lelet jöhet szóba: mindkettő tető nélküli építmény volt. Az egyik az *agora* délnyugati részén fekvő, négyszögletes *Peribolosz* (fallal körülvett udvar), a másik az *agora* északkeleti részén elhelyezkedő, szintén négyszögletes (*Perisztylium* (oszlopcsarnok), amelyet Kr. e. 300 körül átépítettek (2–3. ábra); az utóbbi a valószínűbb a *Heliaia* színhelyeként.⁶ A Kr. e. 300 körül emelt új épület egyértelműen bíróság volt (3. ábra). A belső tér úgy lett kialakítva, hogy az oszlopcsarnokban egyszerre akár négy, egyenként 200 fős esküdtbíróság (vagy kettő, egyenként 400 illetve 500 főből álló) is ülésezhetett; a tető nélküli udvarban pedig szükség esetén 1.500 fő is elfért.

A vérbíróságok székhelye a 4. században nem változik. Valószínűleg olyan ősi szentélyekről van szó, ahol a perben szereplők a főeljárás kezdete előtt az ünnepélyes esküt letehetették.⁷ Az *agora* és a *Pnyx* közötti Arész-dombon döntött az „Areopagosz tanácsa” a sajátkezű (általában szándékos) emberölés ügyében, ha athéni polgár volt az áldozat. Ez volt az egyetlen bíróság Athénban, amely nem kisorsolt esküdtekből, hanem egész életükre kirendelt bírákból állt. A többi vérbíróság eredetileg 51 *Ephetaiból* állt. A 4. században megmaradt az 51 fős létszám, de az összetétel sorsolás útján kijelölt esküdtbíróssággá alakult át. A vérbíróságok nem praktikus (mint a nagy létszámú bíróságok), hanem kultikus

⁶ BOEGEHOLD (1995) 14 p. (a *perisztylium* datálásához 36. oldal 51. jegyzet, utalással a 109. oldal 17. jegyzetére. STROUD (1998) 94.

⁷ Közelebből ehhez G. THÜR: *Areopagos* (1991) 58 és 68.

okból üléseztek a szabad ég alatt: senki ne váljon tisztátalanná azáltal, hogy a gyilkossal egy fedél alatt tartózkodik.

Túl szerény megoldás lenne, ha a Boegehold által precízen kidolgozott külsőségeknél maradnánk. A külső leletek hátterében olyan alapeszmék húzódnak meg, amelyek Athén korai történelme óta nem változtak. Hiba lenne, ha a Kr. e. 4. század fejlett bírósági rendszerét a történelmi hagyományokat figyelmen kívül hagyva, a modern igazságszolgáltatás szemüvegén keresztül értékelnénk (amelyre minden mai olvasó önkéntelenül úgyis hajlik). Az athéni bírósági eljárásban a következő három antik alapelv valósult meg:

1. Az athéniak kezdettől fogva leküzdhetetlen bizalmatlanságot éreztek az egyesbíró általi ítélethozatallal szemben. A történeti, forrásokkal alátámasztható korszakban (és véleményem szerint azelőtt sem⁸) egyetlen tisztségviselőnek sem volt hatásköre arra, hogy a peres eljárást 'meritorikusan', tárgyi ítélettel eldönthesse. Az 5. és a 4. században mindig a magisztrátustól elkülönült ítélkező testület hozza meg szavazás útján a döntést. Vérbíróságok esetén ez az archaikus korszakból átvett 51 fős polgári testület (ha nem az Areopagoszon ülésező tanács az illetékes), magánjogi perekben 201 fős, ezer drachmát meghaladó perérték esetén pedig 401 fős esküdtbíróság döntött (AP 53,3). Politikai perekben legalább 500 vagy többszörös az esküdtek létszáma (mindig egy szavazattal több a páros számnál). A konkrét számokat variálták a megadott kereten belül. Ismeretlen volt azonban Athénben mindvégig a *iudex unus*, az egyesbíró intézménye (akinek Rómában a praetor a magánjogi perek eldöntését átadta). Egyedül a bagatell-ügyekben, amelyek felső értékhatára tíz drachma (ez 20 három *obolus*zos napidíjnak felel meg, amit a 4. században az esküdtek a bírósági tárgyalás napján való keresetkiesésért kaptak, AP 68,2), volt a „Negyvenek” tanácsa feljogosítva tárgyi döntéshozatalra (AP 53,2). Mind a tíz attikai *phyle* (a polgárokat Kleiszthenész óta, Kr. e. 507, igazgatási-szervezési céllal tíz „törzsre” osztották) sorsolás útján jelölt ki négy tagot a Negyvenek tanácsába. A négy kisorsolt polgár szinte minden magánjogi vitában illetékes, amiben a *phylé*jéből valaki alperesként érintve van. A páros számból következik, hogy e négy polgár a bagatell-ügyekben tisztségénél fogva egyesbíróként járt el, de itt már valamelyik esküdtbíróság elnökeként. (A Negyvenek elődjével, a Kr. e. 5. században faluról falura vándorló bírókkal itt nem kívánunk foglalkozni.)

2. Az első alapelvből következik, hogy Athénban a rendes peres eljárás szigorúan kettéosztott volt. Az eljárást az illetékes tisztségviselő előtt kellett megindítani. Ez levezeti az „előzetes eljárást” – a *baszileusz* a három *prodikaszia* formájában, az *archónok* pedig az *anákriszisz* formájában (a Negyvenekre még visszatérünk). Ha a peres felek itt nem tudnak egyezsége jutni, a tisztségviselő átteszi az ügyet a főeljárás lefolytatása céljából valamelyik es-

⁸ AP 3,5 magyarázatához vö. THÜR: *Oaths* (1996) 62 pp.

küdtbíróshoz (*eiszágein*), ahol ő maga elnököl. Technikai szempontból ez a kettéosztottság hasonló a római peres eljárás *in iure* (a praetor előtti) és *apud iudicem* (az esküdtbíró előtti) szakaszához, bár lényeges különbség, hogy Athénban az esküdtbírók mindig nagy számban szerepelnek. A kettéosztottság Athénban sokkal szigorúbb és következetesebb, mert a *iurisdictiót* gyakorló magistrátus sohasem hozhat materiális döntést – míg Rómában ez az *extraordinaria cognitio* keretében lehetséges volt.

3. A második alapelvből, melynek értelmében a materiális döntést mindig testület (néha több ezer főből álló testület) hozza, méghozzá egyszerű szavazás útján, következik, hogy a bíróság a felek indítványára kizárólag igenlő vagy elutasító döntéssel reagálhatott. Athénban tehát nem létezett sem bírói ítélet, sem indoklás. A népgyűlés törvényhozói eljárásához hasonlóan a bíróság a felperesi kérelmet vagy egyszerűen helybenhagyta (a bűnösség megállapításával), vagy elutasította (a felmentéssel); méghozzá végérvényesen, azaz nem volt lehetőség fellebbezési bírósághoz való fellebbezésre, az ítélet felülvizsgálatának indítványozására.⁹ Alább még kifejtésre kerül, hogy milyen következményekkel járt ez az alapelv a bírói ítélet manapság magától értetődőnek vett racionalitása szempontjából.

A három kiemelt karakterisztikus alapelv (nincs egyesbíró, az eljárás kettéválik előzetes- és főeljárásra, a nagy létszámú esküdtbíróságok döntése pusztán „igen” vagy „nem” szavazattal valósul meg) az 5. és a 4. században változtatások nélkül érvényesült. Ezeket az alapelveket kiegészíthetnénk még számos további, igen modernül hangzó elvvel: szóbeliség, közvetlenség, egy időpontra való koncentrálás, a felek aktív közreműködése, pergazdaságosság, nyilvánosság bevonása, a laikus elem közreműködése; de mindez túl messzire vezetne. A 4. században persze bevezettek néhány újítást is. Ezek ugyan nem változtattak alapvetően a bíraskodás rendszerén, de rámutatnak azokra a problémákra, amelyeket az athéniai reformok útján igyekeztek kiküszöbölni; illetve – *a contrario* – megjelölik azokat az intézményeket, amelyeket az athéniai feleslegesnek ítélték. Különösen három újításról érdemes ehelyütt szólni:

1. Kr. e. 403-ban, röviddel a demokrácia visszaállítása után a fent már többször említett „Negyvenek” hivatalát olyan bírósággá alakították át, amely Athénban állandóan ülésezett és minden olyan magánjogi ügyben eljár, ami nem tartozott kifejezetten valamelyik másik magisztrátus illetékessége alá. De a Negyvenek az előzetes eljárást nem személyesen vezették (mint az *archonok* az *anákriszisz* formájában), hanem erre külön szervet hoztak létre, a hivatásos *diaitát* (szó szerint: választott bíróság). Minden athéni polgár, aki az 59. életévét betöltötte (és ezzel a katonai szolgálatból elbocsátották), köteles volt egy évig mint *diaitetész* (szó szerint: választott bíró) rendelkezésre állni, azaz a

⁹ Vö. THÜR: *Formen des Urteils* (1987).

Negyvenek előtt indított magánjogi perekben az előzetes eljárást levezetni. A *diaitetai* nem voltak tisztségviselők, de tevékenységükért a szigorú jog szerinti felelősséggel tartoztak (AP 53,4–6). Nevük ellenére (*diaitetei*) nem választott bíróként működtek, mert a peres felek nem határozhatták meg az eljáró bíró személyét, hanem sorsolás útján kapták meg az egyes ügyeket. Az *anákriszisznak* megfelelő előzetes eljárást határozattal zárták, de ez csak akkor vált jogerőssé, ha mindkét peres fél kifejezetten elfogadta – ez kétségtelenül egyezsége szorító elem volt. Ha azonban bármelyik fél elégedetlen volt a döntéssel, az ügy visszakerült a Negyvenek hatáskörrel bíró tagjához, aki a pert valamelyik esküdtbírótság elé vitte és ott elnökölt is. A *diaita* előzetes eljárás jellegét bizonyítja az a tény, hogy a peres felek csak azokat a bizonyítékokat terjeszthették az esküdtek elé (tanúk, okiratok, törvényidézetek), amelyeket már a *diaitétesz* előtt is bemutatnak.¹⁰ A hivatásos *diaita* tehát nem volt forradalmi újítás, semmiképpen sem jelentette a *dikaszerion* illetékességének elvonását és egyesbírókkal való helyettesítését, hanem pusztán a már meglévő eljárási formák következetes továbbfejlesztését, méghozzá határozottan demokratikus szellemben.

2. Az 5. és 4. század esküdtbíróságainak eljárási rendje (ismereteink szerint) a szóbeliség elvén alapult. Az esküdtek nem akták alapján döntöttek (a mai értelemben vett eljárási iratok nem is léteztek), hanem a felek közvetlen, szóbeli előadása alapján. A peres felek az eljárás során persze felhasználtak bizonyos iratokat (amint ezt már fent is láttuk); ezeket az esküdtek előtt a bírósági írnok olvasta fel. Az *Athenaion Politeia* (53,3) ezen akták közt említi meg a tanúk írásbeli vallomását is. A ránk maradt perbeszéddek szóhasználatából a tanúk vallomásának bejelentését illetően arra következtethetünk, hogy a korai perrendben a tanúk még szóban tettek vallomást. Kr. e. 390–370 óta viszont – valószínűleg törvényi változtatás alapján – már csak megerősítették az írásban előre megfogalmazott „kijelentésüket”. A „szóbeliről” az „írásbeli” tanú kijelentésre való áttérés kétségtelen technikai újítás, ez azonban egyáltalán nem változtatott a tanúvallomásoknak az eljárásban betöltött szerepén. Szóban vagy írásban, a tanúnak sohasem az volt a szerepe Athénban, hogy saját szavaival előadja az általa tapasztaltakat vagy a felek illetve a bíróság kérdéseire válaszoljon. A tanút állításának igazolására felhasználó peres fél mindig maga fogalmazta meg szóról szóra a bizonyítani kívántakat. Formális bevezetés után következett a releváns kijelentés: „X. Y. tanúsítja, hogy tudomása van arról, hogy...”, vagy „hogy jelen volt, amikor...”; amire a tanú a bíróság előtti szóbeli eljárásban röviden válaszolt: „tudomásom van róla”,¹¹ vagy az írásos szöveg helytállóságát pusztán jelenlétével igazolta az esküdtek előtt. Ha nem kívánta megerősíteni az előre megfogalmazott szöveget, rendelkezésére állt a lehetőség,

¹⁰ AP 53,3. Hasonló „újítási tilalom” más görög államokban is ismert, vö. IPark 17, 43/44 (*Prozessrechtl. Inschr. Arkadiens*, szerk. G. Thür/H. Taeuber, Wien 1994, 167 és 236.

¹¹ Andok. 1,14 (399 Kr. e.), vö. Aristoph. Vesp. 962–966. Vö. THÜR: *Sackgasse* (1995) 329.

hogy a főeljárás előtt bármikor esküt tegyen „nincs róla tudomásom”, és ezzel kimentse magát (*exomoszia*). Az *exomosziának* nem volt semmilyen hátrányos következménye. Ha viszont a tanú a szóban elmondott vagy írásban előre megfogalmazott és felolvasott bizonyítékot megerősítette az esküdtek előtt, személyesen felelt minden szó igazságtartalmáért és beperelhető volt hamis tanúzás miatt (*dike pszeudomartyrion*). A szóbeli kijelentésről az írásbeli formára való áttérés tehát nem jelentette a bizonyítási eljárás reformját, hanem csak arra szolgált (a rendszer változtatása nélkül), hogy szó szerint pontosan rögzítse a kijelentést – feltehetően abból a célból, hogy a hamis tanúzás miatti keresethez bizonyítékot teremtsen.

3. Az athéniak nagy gondot fordítottak arra, hogy minél objektívebben oldják meg az esküdtbíróságok tagjainak kiválasztását. A 4. századi demokrácia ebben mesteri fokon járt el. Boegehold a „Three Court Days” című fejezetben (21–42) pontosan rekonstruálja a fejlődés három stádiumát. Mielőtt az *Athenaion Politeia* alapján az utolsóval részletesen foglalkoznánk, vázoljuk röviden az előző kettőt. A legfőbb elv az esküdtek sorsolás útján való kiválasztása volt, ami a demokratikus alapelvet testesítette meg. De milyen magas fokra lehetett fejleszteni a sorsolási technikát! Kb. Kr. e. 460-tól az volt a szokás, hogy a *dikasztérionok* esküdtjeit sorsolás útján egész hivatali idejükre előre beosztották és a bírósági tárgyalás helyszínén nem volt kötött ülésrend. Ennek a módszernek az volt a hátránya, hogy a peres felek az ügyükben eljáró bírák kilétét előre ismerték és – akárhányan is voltak – vesztegetéssel és fenyegetéssel igyekeztek őket befolyásolni. A *dikasztérionok*ban a pereskedők klikkjei összefogtak, egy tömbben foglaltak helyet, és hangoskodással zavarták a tárgyalást. A második fejlődési szakaszban (kb. 410–409-től) ezért az esküdtbíróságok tagjait csak a tárgyalás napjának reggelén sorsolták ki. De a tárgyalási színhelyek annyira szétszórtnak helyezkedtek el a városban, hogy az esküdteket az *agoráról* (a sorsolás helyszínéről) a *dikasztérion* felé tartva még mindig befolyásolni lehetett. A tárgyalási helyszínen újabb sorsolást tartottak az ülésrendről, hogy megakadályozzák a klikkek tömörülését. A harmadik fejlődési szakasz, amit az *Athenaion Politeia* részletesen ábrázol, kb. Kr. e. 340-ben kezdődik, amikor az *agorán* új, központi bírósági kerületet avattak, a négyszögletes *perisztyliumot* (3. ábra). A tárgyalási helyszínek centralizálása kiküszöbölte a hosszú sétát az elszórtan fekvő *dikasztérionok*hoz. Emellett a végletekig finomították a tíz *phyléből* származó esküdtek vegyítését. Mivel a tárgyalási napok az államnak tetemes kiadást jelentettek (minden esküdt három *obolusz* napidíjat kapott), a lehető legrövidebb időn belül igyekeztek befejezni a pereket.

A 4. századi Athén igazgatási-szervezési készségének magas fokáról színes képet fest az *Athenaion Politeia* 63–69. fejezete, amit érdemes összefüggéseiben tanulmányozni.¹² Most azonban a rövid kommentálásra kell szorítkoz-

¹² M. Dreher (1993) jogilag korrekt fordítására utalnék.

nunk. A jelenet hajnali derengésben kezdődik. A *thesmothetészek* tárgyalási napot tűztek ki. Vessünk egy pillantást a négyszögletes *perisztylum* rekonstrukciójára, amelyre kiválóan illik Arisztotelész leírása (3. ábra). Képzeljük hozzá, hogy az oszlopcsarnok előtti teret (amint azt Boegehold meggyőzően vázolja) sorompókkal lezárták. A bejárat előtt sűrű csoportokban gyülekeznek az esküdtek, akik szeretnének bekerülni a bíróságokba. Kicsit távolabb várakoznak a peres felek, akiknek az ügyét a mai napra tűzték ki tárgyalásra; mellettük a tanúk, sőt barátok és kíváncsiskodók tömege. A bíróság előtt mindig kitegetik a szennyest – bulvárlap és TV tudvalevőleg még nem létezett akkoriban.

A sorompók tíz bejáratot határolnak (mint ma egy sportstadion előtt), mindegyik külön egy-egy *phyle* esküdtjei számára biztosítja a belépést. Minden bejárat előtt őrködik a kilenc *archon* egyike; a tizedik poszton a *thesmothetészek* titkára áll. Ők vezetik a sorsolást. A sorsológépnél minden bejáratnál két *kleroteria* áll (1. ábra; összesen tehát 20), 10 üres doboz, attól függően, hogy hány *dikasztérion*ra van szükség (további 10–40), 2 kancsó betűkkel megjelölt makkokkal (összesen 20 kancsó) és különböző színű pálcák. A makkok és pálcák száma pontosan annyi, ahány esküdtre az adott napon szükség van: négy kis *dikasztérion* magánjogi ügyekben 804 főt követel, két kisebb politikai *dikasztérion*ba pedig 1002 fő kell. Eddig az AP 63,1–2 tudósítása.

Vessünk egy pillantást a várakozó esküdtekre. Ráérősen álldogálnak a saját *phyléjük* bejárata előtt; a tolakodásnak semmi értelme. Mindenkinél van egy „igazolvány” puszpángfából, amelyen a neve, apja neve és a származási helye (*démosz*) szerepel, továbbá az ABC első tíz betűjének egyike (alphától kappáig). Az esküdtek ugyanis a *phylén* belül további tíz, körülbelül azonos nagyságú csoportra oszlanak (AP 63,3–4). Az 5. században a bírák táblácskái még bronzból készültek; ezek maradtak fenn (4. ábra).



4. ábra. Bronzból készült bírói táblácska: Philistia...Kephisiaiból

Mialatt az esküdtek türelmesen várnak, az egyik *thesmothetész* kisorsolja a bírósági tárgyalások helyszínét – tegyük fel, ma négyre lesz szükség – a kockákon található betűkre (AP 63,5). A négy tárgyalóterem bejárata (amely valószínűleg az oszlopcsarnok négy sarkán található) négy különböző színre van festve; a makkok, mivel ma négy tárgyalóteremre lesz szükség, a következő négy betű valamelyikét viselik: *lambda*, *my*, *ny* vagy *xi* (az alphától kappáig terjedő

betűk már foglaltak a bírók táblácskái számára). Az esküdtek kisorsolása előtt tudni kell, hogy melyik betű melyik színhez tartozik. Ezért a kisorsolt betűt a tárgyalóterem ajtaja feletti színes gerendára erősítik (AP 63,5); és a tíz *phylé* bejárata előtt is kihirdetik, hogy a makkokra vésett négy betűnek ma melyik négy szín felel meg.

Közben mozgolódni kezdenek a tíz *phylé* bejárata előtt is: A bírói posztra pályázó esküdtek bedobják a névtáblájukat a tíz ott álló üres doboz közül abba, amelyiken a táblájukon található betű (*alpha-kappa*) látszik. A hivatali szolga összekeveri a dobozok tartalmát és a *phylé*hez kirendelt *thesmothetész* (*archon* vagy írnok) mindegyikből kihúzza egy táblácskát. A kihúzott személy lesz az, aki a többi táblát a sorsológép vízszintes nyílásaiba helyezi. Minden *phylé* bejárata előtt két sorsológép áll, amelyen öt sorban nyílások láthatók, és felette az *alpha-epszilon* illetve *zeta-kappa* betű olvasható (1. ábra). Minden soron külön személy dolgozik, aki a doboz egész tartalmát a betűjével jelölt sorba dugdossa (AP 64,2); ő maga mindenképpen kisorsoltnak számít (AP 64,3). Összesen tehát 100 személy dolgozik lázasan a 20 db sorsológépnél; azért használnak minden *phylé*ben két gépet, hogy a 10 kezelő személy lehetőleg ne akadályozza egymást. Kb. 15 percen belül a gépek készen állnak a bevetésre.

Amint a tárgyalóterem színéhez rendelt betűk ismertté válnak, a tíz elnöklő *archon* megkezdheti a sorsolási eljárást. Minden sorsológépbe oldalról tölcser formájúvá kiszélesedő bronzcsövet lehet illeszteni (1. ábra). Az *archon* fekete és fehér bronzkockákat dob mindkét gép tölcserébe. A kockákat a cső alsó végén egyenként emelik ki: a fehér kocka azt jelenti, hogy a szóban forgó függőleges sor öt táblácskája kisorsoltnak számít (AP 64,3); az a sor, amelyekre fekete jut, egyelőre a helyén marad – amíg a kezelő személy a sorsolás befejeztével vissza nem adja a táblácskákat a kívül rekedteknek (AP 65,3). Az *archonok* annyi fehér kockát dobna a tölcserbe, ahány esküdtre (a sorok szorzataként) azon a napon szükség van (AP 64,3). A végleges, pontos létszám az előkészített makkok számának felel meg (és a pálcákénak AP 63,2); így előfordulhat, hogy valamelyik *phylé*ben az utolsó ötös sorból már nem lesz mindenkire szükség.

A kisorsolt esküdtekre még hosszú procedúra vár. A kikiáltó először kiveszi az öt táblácskát a résekből, egyenként szólítja az esküdteket, és amint a soros jelentkezik, átadja a tábláját az archónnak. A szólított kihúzza egy makkot a kancsóból és a rákarcolt betűt (*lambda*, *my*, *ny* vagy *xi*) megmutatja az archónnak. Az archón erre az esküdt tábláját abba a dobozba dobja bele, amelyiken a kihúzott betű található; ezzel pedig az adott esküdt bekerült a ma tárgyaló *dikasztérionok* egyikébe (AP 64,4–5). Csak ekkor léphet át az esküdt a *phylé*je bejáratán. Ott a hivatali szolga még egyszer ellenőrzi a betűjét a makkon és átad az esküdtnak egy pálcát, amely olyan színű, mint a betűjének megfelelő tárgyalóterem. A színes pálcával és a makkal a kezében végre beléphet a kisorsolt szerencsés az oszlopcsarnok belsejébe, és a külvilágtól elzárva, biztonságosan eljuthat abba a tárgyalóterembe, amely pálcájának színét és makkjának betűjét viseli. Ha a kettő véletlenül nem egyezik, a hivatalsegédek riadót fújnak. Ilyen-

kor vagy az esküdt csalt, szélhámoskodott, vagy a *phylében* hibáztak. A jól látható színes pálca mintegy igazolásul szolgál a bíróság épületében közlekedő esküdtnak, hogy legálisan a *dikasztérion*jába tart (AP 64,4).

A pálcát és a makkot aligha lehetett feltűnés nélkül elcserélni valakivel. Ennek nem is lett volna értelme, hisz még senki sem tudja, hogy az adott tárgyalóteremben milyen ügyek kerülnek majd napirendre.

A *phyle* bejáratánál közben befejezték a sorsolást; üres a tíz doboz az *alphától kappáig* jelölt betűkkel, és üres a sorsológép 10 megfelelő részcsöve, megtelt viszont a másik négy doboz a *lambdától xiig* jelölt betűkkel a négy *dikasztérion*nak megfelelően; végül szétosztották a kevésbé szerencsés esküdteknek a megmaradt táblácskáikat. Az archónok, kikiáltók és a segédszemélyzet, a 100 gépkezelővel együtt, akikre az épületen belül még szükség lesz, visszavonulnak az oszlopcsarnokba; a többiek számára a mai napon véget ért a szolgálat. Fontos továbbá, hogy az összesen 40 doboz, amelyekben a *dikasztérion*okba kisorsoltak táblácskái vannak, a helyére kerüljön. Most már le lehet bontani a sorompókat, a tömeg az épülethez hömpölyöghet. Az egész eddigi eljárás legfeljebb egy órát vett el a drága tárgyalási napból.

A perek azonban még nem kezdődhetnek meg azonnal. Az oszlopcsarnok belsejében még újabb sorsolásra kerül sor, ami további negyedórát vesz igénybe. A mai napon működő négy bíróság mindegyikénél gyorsan kisorsolnak még egy-egy személyt (valószínűleg abból az első tíz esküdtből, aki először ér oda), aki kollégáinak (valószínűleg zárt tartályból) kioszt egy-egy jelvényt (AP 65,2). Boegeholdnak sikerült ezeket a *szymbolon*nak nevezett jeleket az *agorán* talált pénzérméken azonosítani (34, 38. p.); ezeken az ABC 24 betűje látható, a *szampival* kiegészítve. Ezek az esküdtek „helyjegyei”, amelyek a tárgyalóterem 25 fából készült padosorát jelölik. Ugyanezeket a betűket vésték az oszlopcsarnok padozatába, máig jól láthatóan. Mindegyik fapadon összesen 20 esküdt fér el. A peres felek perbeszédeiket a csarnok két szabad sarkában adják elő; az oszlopok mellett itt további 12, a másik oldalon 13 hosszú pad áll (3. ábra); azaz akár 501 esküdt is helyet tud foglalni egy-egy körben. A kisebb magánjogi perekben az esküdtek minden oldalon csak 5 hosszú padot foglalnak el. Az esküdtek háta mögött párhuzamosan folyik a szomszéd *dikasztérion* tárgyalása, válaszfal nélkül. Elképzelhető, hogy ha a négy egyidejű tárgyaláson egyszerre beszélnek, elég nehéz koncentrálni; pedig a négy tárgyalás egyidejű megtartását a források és a régészeti leletek¹³ is igazolják (AP 67,1).

¹³ RHODES (1981) és CHAMBERS (1990) az AP 67,1 alatt leírt négy magánjogi pert úgy fogja fel, hogy egész napra voltak elosztva. Boegehold eredményei alapján (1995) 16 és 110 pp., azonban helyesebbnek látszik az a nézet, hogy a *perisztylum* négy sarkában és a négy csarnokban párhuzamosan ülésezett a négy bíróság. A mindenkor perbeszédék időtartamától függ, hogy hány pert lehet egy napon letárgyalni. Ha viszont egyetlen egy politikai pert terveznek egész napra, az ehhez szükséges 1000 vagy 1500 fős esküdtbíróság valószínűleg a *perisztylum* udvarán kapott helyet. Ezzel párhuzamosan technikailag lehetetlen volt magánjogi pereket is tárgyalni.

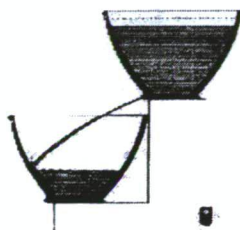
A saját *dikasztérion*uk helyét elérő esküdtek tehát átveszik a *szymbolon*jukat, a „helyjegyüket” és cserébe leadják a kezükben lévő pálcát és makkot (AP 63,3); de a pálcákra esetleg még szükség lehet.

Az esküdtek helyet foglalnak, de a *phylék* bejáratánál, a *perisztylium* előtt, még mindig folyik a sorsolás. Csak amikor kívül is végeztek, akkor jöhet az utolsó aktus: újabb sorsolás útján döntenek el azt a fontos kérdést, hogy a mai napon hivatalban lévő tisztségviselők közül ki melyik *dikasztérion* élére kerüljön. Szóba jöhet (a vérbíróságot vezető *baszileusz* kivételével) négy a kilenc *archónból*, vagy a Negyvenekből, de további, kisebb magistrátusok is. Ez az eljárás az első, *lambdával* jelölt helyszínen zajlik. A *phylék* bejáratánál korábban tevékenykedő négy *archon* közül kisorsolnak kettőt; az egyik négy, a tárgyalási helyszínek színét viselő bronzkockát dob a sorsológépbe. A másik a második sorsológépbe dob négy kockát négy ma hivatalban lévő tisztségviselő nevével; de egymás cselekményeit nem láthatják. Azok a kockák, amelyek a két csőből egyszerre pottyannak ki, határozzák meg, hogy melyik *dikasztérion* élére melyik magisztrátus kerül; a kikiáltó hangosan kihirdeti az eredményt (AP 66,1).

Végre teljes az egyes esküdtbíróóságok létszáma. Sem a peres felek, sem az elnöklő tisztségviselő nem tudta előre, hogy melyik bírósághoz kerül az ügy és ott ki ülészik. Ezért lehetetlen, hogy az esküdteket befolyásolni tudják vagy klikkeket toborozzanak. De még mindig hátra van egy sorsolás, még nem kezdődhet meg a tárgyalás. A négy elnök bevonul a saját *dikasztérion*jába, de még gyorsan ki kell sorsolniuk a saját esküdtjeikből az eljárás lebonyolításához szükséges funkcionáriusokat. Még egyszer szükség lesz az üres dobozokra (összesen 4-re). Közben mindegyik *dikasztérion*hoz leszállították azt a tíz dobozt, amelybe kb. fél órával korábban a *phylék* bejáratánál az *arkhónok* a makkok útján kisorsolt esküdtek táblácskáit dobták (a 100 dobozt a sorsológépeknél 40-re redukálták). Ezáltal a tárgyalási helyszíneken az esküdtek táblácskái még mindig a 10 *phyle* szerint oszlanak el.

A tíz doboz mindegyikéből kihúz most a bíróság elnöke egy táblácskát, amit az üres dobozba dob, majd ebből először egyetlen nevet emel ki: ez az esküdt fogja a vízőrát kezelni (5. ábra).

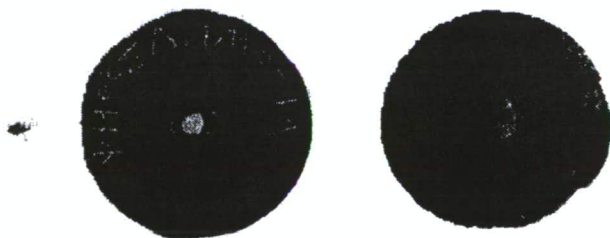
Ezután még négy nevet húz ki, akik a szavazóköveket kezelik; a maradék ötnek az lesz a feladata, hogy a tárgyalási nap végén minden esküdtnak kifizesse a három *obolusz*apidíját és visszaadja a táblácskáját; mindegyikük két *phylét* köteles ellátni (AP 66,2–3).



5. ábra. Klepszüdra (vízóra) rekonstrukciója

A bonyolult előkészület után maga a tárgyalás viszonylag egyszerűen zajlik le. Az oszlopcsarnokot megnyitják a tömeg előtt. Az elnökök kihirdetik a peres ügyeket (AP 67,1), felolvastatják a felperes keresetét és az alperes válaszát, és először a felperesnek, majd az alperesnek adják meg a szót. A magánjogi perekben a perbeszéd időtartamát a perértéknek megfelelően szabták meg (1.000 drachmáig, 5.000 drachmáig vagy afölött). Az időt vízórával mérték, a mértékegység a *chousz* (1 *chousz* a *klepszüdra*, a vízóra csövéen 3 perc alatt csöpög át, 5. ábra). Egy-egy perbeszédre (a perértéktől függően) 15–30 perc állt rendelkezésre; a replikára és a duplikára további 3–9 perc. A vízórát kezelő esküdt csak akkor zárja el a csövet, ha a peres fél az írnokot valamilyen bizonyíték felolvasására kéri. Az igen rövid időtartam miatt azonban egyik fél sem fogja túl sokszor megállíttatni az órát, mert ezzel beszédének az összehatását rontaná le. Egy-egy tárgyalási napon az esküdtszék több magánjogi pert is le tud tárgyalni. A nagy politikai perekben viszont kiszámolták az egész nap folyamán rendelkezésre álló időt (a decemberi napfelkelte időpontjától számítva), és egyenlően osztották el a vád és a védelem között; ebben az esetben az okiratok felolvasása közben sem állítják meg a vízórát (AP 67,2–5).

Az esküdtek a perbeszéd meghallgatása után azonnal határoznak. Az ítélethozatal a következőképpen zajlik: minden esküdt, sorban egyenként, a szavazókövek kezelésére kisorsolt négy kolléga elé lép, és a helyjegyet becseréli két szavazókőre (*pszéphoi*). Ezekből is sokat találtak az ásatások során az *agorán*. Ezek kerek bronzlapocskák, közepén kis tengellyel – az egyik bronzlap közepe átfúrt, a másik tömör (6. ábra).



6. ábra. Pszéphoi (szavazókövek)

A *pszéphoi* kényelmesen tarthatók a mutatóujj és a hüvelykujj között úgy, hogy a kívülálló nem láthatja, melyik kézben van az átfúrt, és melyikben a tömör. Minden esküdt két *pszéphoit* vesz az állványról az egyik kezébe, ezt a felügyelők ellenőrzik. Először demonstratívan mutatják, hogy kétféle van náluk, amit a peres felek is felülvizsgálhatnak. A másik kezükben lévő helyjegyet ugyanakkor visszaadják az erre kisorsolt esküdtnak. Ezzel a szavazásra jogosultnak mindkét keze szabaddá válik. A kikiáltó két fontos hirdetményt tesz közzé. Felszólítja a peres feleket, hogy most nyilatkozzanak, ha az ellenfél valamelyik tanúja ellen hamis tanúzás miatt pert kívánnak indítani (fontos támpont a tanú szavahihetőségét illetően); kihirdeti továbbá, hogy az átfúrt *pszéphosz* az elsőként beszélő (többnyire a felperes), a tömör pedig a második (az alperes) javára szól¹⁴ (minderről részletesen AP 68,2–4).

Az athéniaiak a szavazás titkosságának biztosítására egyszerű és hatékony eljárást dolgoztak ki. Szavazategyűjtő urnaként két *amphorát* állítottak fel; ezek szétszedhetőek voltak, hogy a szavazás megkezdése előtt ellenőrizni lehessen, hogy üresek-e. Az egyik urnán nyílással ellátott fedél volt, amin keresztül egyszerre csak egy szavazólapocskát lehetett átdugni; ez az urna bronzból készült, így a bedobáskor minden szavazólap jól hallható fémes csengéssel pottyant bele. A másik urna fából volt (AP 68,3), ebbe a visszamaradt, felesleges szavazólapocskát dobták, ami tompa hangot adva esett le. A két koppanás révén bárki ellenőrizhette, hogy mindegyik esküdt becsületesen leadta-e mindkét szavazatát, de csak maga az esküdt tudta, hogy melyik urnába melyik *pszéphoszt* dobta. Korábban az esküdtek csak egy szavazólapocskát kaptak, amit két urna közül az egyikbe dobhattak (a felperes vagy az alperes javára); de ekkor a fém csengéséből esetleg meg lehetett állapítani, hogy ki melyikre szavazott, hova dobta be a szavazatát.

Az utolsó szavazási menet után a helyjegyek kezelésével megbízott kolléga minden esküdtnak *gamma* betűvel ellátott bronzérmét oszt ki; a *gamma* a hármas számot jelenti. A tárgyalási nap végén az esküdt, aki eleget tett szavazási kötelezettségének, ennek fejében kapta meg a 3 *obolusz*apidíját; majd visszakapta a tárgyalás megkezdése előtt begyűjtött névtáblácskáját is (AP 68,2).

De a szavazással a pernek még nincs vége. Miután minden esküdt leadta szavazatát az adott ügyben, a felperes urnájából a *pszéphoit* egy szavazótáblára borítják, amelynek annyi nyílása van, amennyi a leadandó szavazatok száma. Minden *pszéphosz* vízszintesen áll, hogy látható legyen, átfúrt vagy tömör-e a közepe. Mindkét csoportot gyorsan összeszámolják és a kikiáltó kihirdeti a számszerű eredményt; ezáltal születik meg az ítélet a felperes vagy az alperes javára (AP 69,1).

Olyan perek is voltak, amelyekben kétszer kellett szavazni: először a bűnös-ség vagy ártatlanság kérdésében, utána a büntetés neméről illetve a pénzbírság

¹⁴ Ha az alperes a kereset illetékessége ellen emelt kifogást, akkor kivételesen ő beszélt elsőként.

összegéről. De az esküdtek a második szavazásnál is csak a két indítvány, a felperes és a bűnösként marasztalt alperes javaslata közül választhattak. Kettős szavazás esetén az esküdtek az első szavazási menet után újra a helyükre mennek és fél *chousz* víz erejéig (másfél percig) hallgatják a felek véleményét, majd újra felsorakoznak a második szavazáshoz. Technikailag ezt úgy oldják meg, hogy az első szavazási menet után az esküdtek nem a *gammával* jelölt érmét, hanem az esküdttbíróóságuk színét viselő pálcát kapják vissza a kezükbe (AP 69,2). A pálcával a kezükben kivonulnak a tárgyalás helyszínéről a szavazás után, majd újra bevonulnak. Ugyanúgy járnak el akkor is, ha az első peres ügy befejezését követően még egy második vagy harmadik is napirenden van; a három *obolusz* csak a tárgyalási nap végén jár. Valószínűleg minden újabb peres ügy előtt újra kisorsolják az ülőhelyeket is. A színes pálcákra azért van szükség, hogy a tárgyalási szünetben az oszlopcsarnokban a különböző bíróságok esküdtszékei ne keveredjenek össze.

A 'bíróági nap' menete jól mutatja, hogy az athéniak minden újabb reformmal a 'demokrácia elvét' igyekeztek erősíteni. Az eljárás korrekt lefolytatása és a felek esélyegyenlősége messzemenően megvalósult. Az esküdteket sem a peres felek, sem a tisztségviselők, sem belső klikkek nem tudták befolyásolni. Mai fogalmaink szerint az 'eljárás racionalitása, ésszerűsége' nem volt optimális: a bizonyítási eljárás csak rudimentálisan fejlődött, nem létezett sem ítélet, sem indoklás. Az alperes nem tudta, hogy miért marasztalták vagy mentették fel; de a felperes sem tudta, hogy miért adtak helyt a keresetének, vagy miért utasították el. Fellebbezésre sem volt lehetőség. A Kr. e. 4. században ugyan néha kritikával illették ezeket a hiányosságokat, de lényeges korrekcióra sohasem került sor.

Az athéniakat nem szabad lenézünk a fenti hiányosságok miatt. Inkább azt kell szem előtt tartani, hogy az athéni polgár életében milyen funkciót töltött be az esküdttbíróóság előtti eljárás. A materiális igazság, az igazságosság volt a tét? Bizonyosan az is. De a legújabb kutatások kimutatták, hogy az esküdtek előtti pereskedés esősorban a 'társadalmi kontroll' mechanizmusát valósította meg.

A társadalmi elit képviselői harcoltak itt a polgári vagy szociális egzsztenciájukért, az egyenlőségért vagy a hierarchiáért.¹⁵ Ezt a harcot szigorúan formalizált kereteken belül, a három-oboluszos kisemberek közül kisorsolt *dikasztérionok* előtt vívták. Mindegyik peres fél egész személyiségét a mérlegre helyezte, a makulátlan életvitelét, a demokratikus beállítottságát, a köz javára végzett szolgálatait háborúban és békében. A vádaskodás, sárdobálás minden perbeszéd természetes alkatrésze. Lehet, hogy ez a modern jogászt zavarja, de mégis jól mutatja, hogy Athénban minden peres ügy politikai felhanggal bírt.

¹⁵ COHEN (1995).

A témához ajánlott irodalom

- A. BISCARDI: *Diritto greco antico*. Milano 1982.
A. L. BOEGEHOLD: *The Law Courts at Athens (The Athenian Agora XXVI-II)*, Princeton NJ 1995.
M. H. HANSEN: *The Athenian Democracy in the Age of Demosthenes*. Oxford 1991.
M. H. HANSEN: *Die athenische Demokratie im Zeitalter des Demosthenes*. Berlin 1995.
A. R. W. HARRISON: *The Law of Athens II. Procedure*. Oxford 1971.
J. H. LIPSIUS: *Das Attische Recht und Rechtsverfahren 1–3*. Leipzig 1905–15.
D. M. MACDOWELL: *The Law in Classical Athens*. London 1978.
S. C. TODD: *The Shape of Athenian Law*. Oxford 1993.

Egyes részkérdésekhez:

- E. CARAWAN: *Rhetoric and the Law of Draco*. Oxford 1993.
D. COHEN: *Law, Violence and Community in Classical Athens*. Cambridge 1995.
G. THÜR: *Beweisführung vor den Schwurgerichtshöfen Athens*. Wien 1978.
H. J. WOLFF: *Die attische Paragraphe*. Weimar 1966.

Az „Athéni államhoz”:

- ARISTOTELES: *Az Athéni állam*. Fordította Ritoók Zsigmond, Budapest 1954.
M. H. CHAMBERS: *Aristoteles. Staat der Athener*. Berlin 1990.
M. DREHER: *Aristoteles. Der Staat der Athener. Reclam 3010*, Stuttgart 1993.
P. J. RHODES: *A Commentary on the Aristotelian Athenaion Politeia*. Oxford 1981.
R. S. STROUD: *The Athenian Grain-Tax Law*. Princeton 1998.

A tanulmány a szerző korábbi publikációira épül:

- Der Streit über den Status des Werkstättenleiters Milyas (Dem. Or. 29). *RIDA* 19 (1972) 151–177. Újabb kiadás: *Demosthenes*, szerk U. Schindler, Darmstadt 1987, 403–430.
Komplexe Prozessführung. Dargestellt am Beispiel des Trapezitikos (Isokr. 17), in: *Symposion 1971*, együtt J. Modrzejewski és D. Nörr, szerk. H. J. Wolff, Köln-Wien, 1975, 157–188.
Prozessrechtliches in der Mauerbauinschrift IG II2 244, in: *Lebendige Altertumswissenschaft, Festschrift Hermann Vetters*, szerk. M. Kandler, Wien 1985, 66–69.

- Neuere Untersuchungen zum Prozessrecht der griechischen Poleis: Formen des Urteils, in: *Akten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages*, szerk. D. Simon, Frankfurt/M. 1987, 467-484.
- Das Recht der altgriechischen und hellenistischen Staaten, in: *Antike Rechts- und Sozialphilosophie*, szerk. O. Gigon/M.W. Fischer, Frankfurt/M. 1988, 251-257.
- Die Todesstrafe im Blutprozess Athens. *JJP* 20 (1990) 143-156.
- Juristische Gräzistik im frühen 19. Jahrhundert, in: *Die Bedeutung der Wörter* (FS S. Gagnér), szerk. M. Stolleis, München 1991, 521-534.
- The Jurisdiction of the Areopagos in Homicide Cases, in: *Symposion 1990*, szerk. M. Gagarin, Köln-Weimar-Wien 1991, 53-72.
- Die athenischen Geschworenengerichte – eine Sackgasse? In: *Die athenische Demokratie im 4. Jahrhundert v. Chr.*, szerk. W. Eder, Stuttgart 1995, 321-334.
- Oaths and Dispute Settlement in Ancient Greek Law, in: *Greek Law in its Political Setting. Justification not Justice*, szerk. L. Foxhall/A.D.E. Lewis, Oxford 1996, 57-72.
- Reply to D.C. Mirhady: Torture and Rhetoric in Athens. *JHS* 116 (1996) 132-134.

GERHARD THÜR

DAS GERICHTSWESEN ATHENS IM 4. JAHRHUNDERT V.CHR.

(Zusammenfassung)

Das Gerichtswesen Athens im 4. Jh. v.Chr. ist aus den Reden der zehn attischen Rhetoren, aus der Schrift über den „Staat der Athener“ des Aristoteles und aus Steininschriften bekannt und seit langem erforscht. Neue Erkenntnisse brachten die amerikanischen Ausgrabungen auf der Agora, wo sich die Gerichtsstätten befanden. Diese Ergebnisse hat Boegehold 1995 zusammengefaßt.

Gerichtsmagistrate waren die für ein Jahr durch Los bestellten demokratischen Höchstmagistrate jeweils im Rahmen ihrer sachlichen Zuständigkeit. Sie nahmen die privaten und öffentlichen Klagen entgegen, führten ein Vorverfahren durch und überwiesen den Fall einem unter ihrem Vorsitz tagenden Gerichtshof, der aus mehreren hundert erlosten Bürgern bestand. Der Gerichtshof fällte in einer einzigen Sitzung ein endgültiges Urteil.

Drei Prinzipien waren verwirklicht: 1) Die Athener mißtrauten dem Einzelrichter. Gerichtsmagistrate konnten nur in Bagatellfällen selbst entscheiden. 2) Der ordentliche Prozeß lief in zwei Stufen ab, dem Vorverfahren vor den Magistraten und dem Hauptverfahren vor den Geschworenen. 3) Das Urteil der Geschworenen fiel ohne Beratung und Begründung durch bloße Abstimmung über den Klageantrag.

Im 4. Jh. wurden drei Neuerungen eingeführt: 1) In den meisten Privatprozessen wurde das Vorverfahren einem amtlichen „Schiedsrichter“ übertragen, der aus den sechzigjährigen Bürgern ausgelost wurde. 2) Trotz Mündlichkeit des Verfahrens wurde für Zeugnisse die Schriftform vorgeschrieben. Die Zeugen bestätigten vor Gericht lediglich einen von den Parteien vorformulierten Satz. 3) Um Bestechung und Parteilichkeit zu vermeiden, wurden die Geschworenen direkt vor der Verhandlung gleichmäßig aus allen Teilen der über dreißigjährigen Bürger ausgelost und außerdem den an diesem Gerichtstag tätigen Magistraten zugelost.

Der genaue Ablauf eines Gerichtstages läßt sich aus der aristotelischen Schrift und den archäologischen Zeugnissen bis ins letzte Detail rekonstruieren: Richterauslosung, Verteilung auf die Gerichtshöfe, Verteilung der Sitzplätze, Bemessung der Redezeit der Parteien durch eine Wasseruhr, geheime Abstimmung und schließlich Auszahlung des Richtersoldes. Die Kürze des Verfahrens ließ nur ein rudimentäres Beweisverfahren zu.

VARGA PÉTER

A római katonákra vonatkozó telekszerzési, egyesülési és házassági tilalmak a császárkori jogforrásokban

1. A *Digesta* a *De re militari* fejezetben tárgyalja a katonákra vonatkozó tulajdonszerzési korlátozásokat, ezek valójában mezőgazdasági telekszerzési korlátozások. Macer a *De re militari* 2. könyvében a telekvásárlás tilalmáról a következőket ismerteti:

Milites agrum comparare prohibentur in ea provincia, in qua bellica opera peragunt, scilicet ne studio culturae militia sua avocentur. et ideo domum comparare non prohibentur. sed et agros in aliis provinciis comparare possunt. ceterum in ea provincia, in quam propter proelii causam venerunt, ne sub alieno quidem nomine eis agrum comparare licet: alioquin fisco vindicabitur. (D.49.16.13.)

A katonáknak tilos földet szerezniük abban a provinciában, ahova a háború miatt vezényelték,¹ természetesen nem a földművelés iránti elfogultság miatt, hanem katonai okok miatt tilos, ugyanakkor házat szerezniük nem tilos.² De abban a provinciában sem szerezhetnek földet, amelybe a háború miatt érkeztek,³ más neve alatt sem szerezhetnek földet,⁴ különben az államkincstár⁵ magának követeli azt.

¹ J. H. JUNG: *Die Rechtsstellung die Römischen Soldaten: ihre Entwicklung von den Anfängen Roms bis auf Diocletian*. ANRW. Berlin–New York 1982 II. 14. kötet. 942. p. Augustus császár azért tiltotta meg, mert ez összeegyeztethetetlen a katonai tevékenységgel.

² Nemcsak a lakáscélú, de iparos munka végzése céljából sem volt tilos házat vásárolni, mert ez is a tartós megtelepedést igazolta. Jung: *Die Rechtsstellung*..... 943. p.

³ JUNG: *Die Rechtsstellung*... 942. p.

⁴ Ilyen esetben a telket úgy tekintették, mint a veteránokat megillető prémiumot. JUNG: *Die Rechtsstellung*... 943. p.

⁵ A fiscusról M. KASER: *Das Römische Privatrecht*. München 1971 12 303. p.; W. KUNKEL/Th. MAYER- MALY: *Römisches Recht*. Berlin, Heidelberg, New York, London, Paris, Tokyo 1987. 26. p.

Hasonlóan nyilatkozik *Marciānus* is *Institutióinak*⁶ 3. könyvében:

Militēs prohibentur praedia comparare in his provinciis, in quibus militānt, praeterquam si paterna eorum fiscus distrahat: nam hanc speciem Severus et Antoninus remiserunt. sed et stipendiis impletis emere permittuntur. fisco autem vindicatur praedium illicite comparatum, si delatus fuerit. sed et si nondum delata causa stipendia impleta sint vel missio contigerit, delationi locus non est. (D.49.16.9.)

A katonáknak megtiltották, hogy mezőgazdasági földet vegyenek a provinciájukban, ahol szolgáltak, kivéve, amikor az államkincstár értékesítette ősi birtokait, *Severus* és *Antoninus* császár kegyből ezekben az esetekben kivételt tett. De amikor szolgálatukat letöltötték, akkor a vásárlás már engedélyezve volt. Az államkincstár magának követelte a telket, ha meg nem engedett módon szerezték meg és azt valaki bejelentette. Ha a bejelentés a leszerelésig, vagy az elbocsátásig nem történik meg, akkor bejelentésnek már helye nem lehet.⁷

Ugyanerről szól *Macer* is a *De re militari* 2. könyvében:⁸

Is autem, qui contra disciplinam agrum comparaverit, si nulla de ea re quaestione mota missionem acceperit, inquietari prohibetur. (D.49.16.13.1.)

Ha valaki ezen szabály ellenére mégis mezőgazdasági földet szerez, és ezt nem jelenti be, amikor elbocsátják, utólag az már nem lehet zavaró.

Az előző három forrás alapján feltételezhető, hogy a katonáknak mezőgazdasági földterületet azért volt tilos szerezniük abban a provinciában, ahol szolgálnak, mert elvonhatta figyelmüket a katonai kötelezettségeiktől.

De nem volt tilos házat szerezniük. Ennek oka az, hogy az a római állam érdekeit szolgálta, hiszen az a katona, aki a provinciában házat vesz, ezt azért teszi, mert a leszerelés után ott kíván letelepedni és ez az állam érdekeivel egyező, hiszen erősíti a rómaiak hatalmát a provinciában.

A telekszerzési tilalom alól voltak kivételek, az egyik, ha az államkincstár értékesíti birtokait. Feltehető, hogy itt a szerzést azért engedik meg, mert az

⁶ A jogász tankönyve 16 könyvből áll. Caracalla császár alatt, vagy halála után nem sokkal készült, senki nem idézi, amiből Schulz arra következtet, hogy nem volt általánosan ismert. A mű a császári rescriptumokat a maga teljességében tartalmazza. Az 1. és 2. könyv a jogforrásokról és a személyekről, különösen pedig a házasságról és a gyámságról szól. A 3. könyvben van a dologi jog, a következő 6. könyvben pedig az öröklés. A 10–14. könyv foglalja magába az egyes törvényeket és a közjogot. F. SCHULZ: *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*. Weimar, 1961 208. p. és köv. A 3. könyvön belül tárgyalja a tulajdonszerzést, a dolgok felosztását és a haszonélvezetet. A tulajdonszerzés kázusai között található a katonák telekszerzésének tilalma, ez Lenelnél nagyon jól megfigyelhető. O. LENEL: *Palingenesia Iuris Civilis*. Lipcse, 1889 I. 1. 655. p.

⁷ JUNG: *Die Rechtsstellung...* 943. p.

⁸ A *De re militari* 2. könyvében a szerző a katonai státuszhoz kapcsolódó szabályokat fogalmazza meg pl: telekszerzési tilalom, elbocsátási okok stb.

állam bevételeinek növelése fontosabb érdek, mint a katonai. Tehát itt az állam érdekeinek rangsorolásáról van szó.

A másik kivétel, amikor a katona a tilalom ellenére telket vásárolt, és erről az államkincstár már azután szerzett tudomást, amikor a katona már kiszolgált, vagy elbocsátották, ilyenkor az államkincstár már nem követelhetette a telket.

Macer arról is tájékoztat, hogy kiket nem illethet meg ez a kedvezmény:

Illud constat huius praescriptionis commodum ad eos, qui ignominiae causa missi sunt, non pertinere, quod praemii loco veteranis concessum intellegitur: et ideo et ad eum, qui causaria missus est, potest dici pertinere, cum huic quoque praemium praestatur. (D.49.16.13.2.)

Egyet lehet érteni azzal, hogy ezt a kedvezményt nem adják meg azoknak a katonáknak, akiket becstelenség miatt bocsátottak el. A veteránoknak a szolgáltat jutalmaként megadható, valamint azoknak is, akiket betegség miatt szereltek le.

Tehát a jogtalan telekszerzés a leszerelés után jogszerűvé válik, mintegy jutalomként a veteránoknál⁹ és olyan személyeknél, akiket betegség miatt szereltek le, de nem kaphatják meg ezt a kedvezményt azok, akiket becstelenség miatt bocsátottak el a szolgálatból.

A katona csak abban a provinciában nem szerezhette telket, ahol szolgált, a többiben már igen. Az is tilos volt, hogy más neve alatt szerezzen telket, mert így a rendelkezés kijátszható lett volna. Marcianus szerint öröklés esetén nem tilos, hogy a katona telket birtokoljon abban a provinciában, ahol szolgált. Áll *Institutióinak* 3. könyvében:

Milites si heredes extiterint, possidere ibi praedia non prohibentur. (D.49.16.9.1.)

A forrás helytelen terminust használ, mert nem a birtoklásról van szó, hanem a telek tulajdonjogának megszerzéséről, ezért nem helyes a *possidere* ige, hanem a *comparare* igét kellett volna használni.

Ez a hiba felveti azt a gyanút, hogy a kortársak azért nem hivatkoznak a jogász ezen művére, mert talán nem tartották szakmailag eléggé nívósnak. Hiszen a klasszikus kor jogászai számára már egyértelmű volt a tulajdon és a birtok elhatárolása. De az is lehet, hogy a *Digesta* másolója tévedett.

Julianus az örökléssel kapcsolatban mondja, hogy az öröklés nem más, mint utódlás azon jogok összességében, amelyek az elhaltat megillették.¹⁰ A forrás-

⁹ A veteránokra vonatkozó kedvezményeket a Digesta a 49. könyv. 18. fejezetében De veteranis címmel tárgyalja. A veteránokról lásd W. KUNKEL/R. WITTMAN: *Staatsordnung und Staatspraxis der Römischen Republic*. München, 1995 II. kötet 336. és köv. p.; M. CLAUS: *Lexikon lateinischer militärischer Fachausdrücke*. Stuttgart, 1999 92. p.

¹⁰ Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum ius quod defunctus habuerit. (D.50.17.62.).

ból jól látszik, hogy az örökös nemcsak a hagyatéki javak birtokát, hanem azok tulajdonjogát is megszerzi.

2. A katonákra vonatkozó egyesülési tilalmakról a *Digesta* 47. könyv 22. fejezete rendelkezik *De collegiis et corporibus* címmel.

A *Digesta* fejezetcíméből jól látszik, hogy a rómaiaknál a személyegyesületekre nem volt egységes elnevezés, a források hol *corpus*nak, hol *collegium*nak, hol *universitas*nak nevezik őket.¹¹

Marcianus a tiltott baráti összejöveletekről és a katonai egyesületekről azt mondja tankönyvének 3. könyvében, hogy

Mandatis principalibus praecipitur praesidibus provinciarum, ne paciantur esse collegia sodalicia neve milites collegia in castris habeant. sed premittitur tenuioribus stipem menstruam conferre, dum tamen semel in mense coeant, ne sub praetextu huiusmodi illicitum collegium coeat. quod non tantum in urbe, sed et in Italia et in provinciis locum habere divus quoque Severus rescripsit. Sed religionis causa coire non prohibentur, dum tamen per hoc non fiat contra senatus consultum, quo illicita collegia arcentur. Non licet autem amplius quam unum collegium licitum habere, ut est constitutum et a divis fratribus: et si quis in duobus fuerit, rescriptum est eligere eum oportere, in quo magis esse velit, accepturum ex eo collegio, a quo recedit, id quod ei competit ex ratione, quae communis fuit. (D. 47.22.1.1-2)

Császári rendeletek írják elő a provinciák elöljáróinak, hogy ne tűrjék el a (titkos) baráti társaságokat, vagy katonai egyesüléseket a táborokban, de megengedik az alacsonyabb rangúaknak a havi zsoldot összeadni, de havonként csak egyszer jöjjenek össze, nehogy ennek ürügyével titkos gyűlést tartsanak. *Severus* császár előírta, hogy ez ne csak a Városban (Rómában), hanem Itáliában és a provinciákban is így történjék. Vallási okokból összejönni azonban nem tilos, mind addig amíg ilyen módon nem kerülnek ellentétbe a *senatus consultum*mal,¹² mely szerint a titkos összejöveletek tilosak.

Nem szabad azonban több, mint egy összejövetelt tartani, ahogyan ezt a császári testvérek meghatározták, s ha valaki két testületben is részt venne, akkor a császári leirat szerint választania kell, hogy melyikben szeretne inkább tag lenni, s attól a testülettől, amelyből kilép, meg kell kapnia az őt illető részt, ami ott közös.

A forrásból jól látszik, hogy a császári rendeletek és a *senatus* határozata pontosan szabályozta a katonák egyesülési jogát. Érthető, hogy tiltották a titkos

¹¹ A személyegyesületekről H. F. JOLOWITZ: *Roman Foundations of modern law*. Oxford, 1957. 128. és köv. p.; KASER, RPR12. 72§; KUNKEL/ HONSELL: RR. 77. és köv. p. A katonai személyegyesületekről lásd még CLAUS: *Lexikon...* 30. és köv. p.

¹² A *senatus consultum*ról JOLOWITZ: i. m. 167. p.; KASER: RPR12. 199. és köv. p.; KUNKEL/ SELB: RR. 15. és köv. p.; KUNKEL/WITTMAN: *Staatsordnung...* II. kötet 321. p.

összejöveteleket, hiszen ezek könnyen lázadáshoz vezethettek, mivel a katonák fegyvereiket szinte mindig maguknál tartják.

A titkos gyűlések tilosak voltak, de ha azok az alacsony rangú katonák zsoldjának összegyűjtését célozták, akkor nem tilos, tehát szolidaritásból, ami összefért a bajtársiassággal, lehetett összejönni, de csak havonta egyszer, nehogy a sűrűn tartott összejövetelek meg nem engedett célúvá alakuljanak.

Ez vonatkozott az egész birodalomra, nemcsak Róma városára.

Szintén nem élt a tilalom a vallási összejövetelekre, mind addig, amíg nem szegték meg velük a titkos összejöveteleket tiltó *senatusi* határozatot.

Egy katona egyszerre csak egy testületben vehetett részt, ha több személy-egyesülésben is tag volt, akkor el kellett döntenie, hogy melyik tagságát tartja meg, természetes ahonnan kilépett, ott meg kellett kapnia a neki járó vagyont.

Gaius azt mondja, hogy a testületek maguk számára szabályzatot hozhatnak létre, amely nem lehet ellentétes az állami törvényekkel. Ezt a rómaiak Solon törvényeiből vették át.¹³

Ulpianus azt is közli, hogy mi a büntetése azoknak, akik tiltott személyegyesületeket hoznak létre a *Proconsul* tisztéről¹⁴ szóló 6. könyvében:

Quisquis illicitum collegium usurpaverit, ea poena tenetur, qua tenentur, qui hominibus armatis loca publica vel templa occupasse iudicati sunt.
(D.47.22.2.)

Bárki, aki illegális személyegyesületet hoz létre, ugyanolyan büntetést kap, mint azok a fegyveresek, akiket azért ítélnék el, mert középületeket vagy templomokat szálltak meg.

A forrásból látszik, hogy a tiltott személyegyesületek létrehozása ugyanolyan súlyú bűncselekmény volt, mint a mindenki számára nyitva álló épületek pl: fürdők, vagy templomok fegyveres megszállása.

A forrás nem nevezi meg a büntetés nemét és mértékét, hanem a *crimen maiestatis* bűncselekményére utalva teszi ezt meg.

A tiltott személyegyesületek alapítóit büntetni kell, de nyilvánvaló, hogy ezentúl az egyesületekkel szemben is intézkedéseket kell tenni.

Marcianus a tiltott egyesületekkel szemben az alábbi lépéseket javasolja a Büntető keresetekről¹⁵ szóló 2. könyvében:

¹³ Sodales sunt, qui eiusdem collegii sunt: quam Graeci #HETAIREIAN# vocant. his autem potestatem facit lex pactionem quam velint sibi ferre, dum ne quid ex publica lege corrumpant. sed haec lex videtur ex lege Solonis tralata esse. nam illuc ita est: ... (D.47.22.4.); KASER: RPR12. 309. p.

¹⁴ A De officio proconsulis 10 könyvből áll. A senatori provinciák helytartóinak hivatali kötelessége volt ismerni az általános jogi normákat, valamint a császár rendeleteit, hiszen a tartományában iurisdictiót kellett gyakorolnia. Schulz ezzel indokolja a mű megszületését. SCHULZ: *Geschichte...* 310. p. és köv. Lenel szerint a 6. könyvben a személyegyesületekről, a bonorum possessióról és a manumissióról esik szó. LENEL: Pal. 2. 972. p.

¹⁵ A mű 2 könyvből áll. Az 1. könyvben az egyes bűncselekményeket tárgyalja az azokat behozó törvény neve alatt. A 2. könyvben pedig a közbüntettek eljárása keretén belül található a

Collegia si qua fuerint illicita, mandatis et constitutionibus et senatus consultis dissolventur: sed permittitur eis, cum dissolvuntur, pecunias communes si quas habent dividere, pecuniamque inter se partiri. In summa autem, nisi ex senatus consulti auctoritate vel Caesaris collegium vel quodcumque tale corpus coierit, contra senatus consultum et mandata et constitutiones collegium celebrat. Servos quoque licet in collegio tenuiorum recipi volentibus dominis, ut curatores horum corporum sciant, ne invito aut ignorante domino in collegium tenuiorum reciperent, et in futurum poena teneantur in singulos homines aureorum centum. (D.47.22.3.1-2.)

Ha valahol illegális egyesületeket fedeznek fel, azokat császári rendeletekkel és utasításokkal, valamint *senatus consultum*okkal fel kell oszlatni, de amikor feloszlanak, megengedik nekik, hogy ha van közös pénzük, azt egymás között osszák fel. Összegezve azonban, ha egy ilyen testület nem a *senatus*, vagy a császár engedélyével működik, akkor azt az egyes katona a *senatus consultum* és a fennálló rendelkezések, és utasítások ellenére látogatja.

Rabszolgákat is fel lehet venni alacsonyabb rangú katonai testületekbe, ha uraik ebbe beleegyeznek, de úgy, hogy ezeknek a testületeknek a vezetői tudják ezt és ne a *dominus* akarata ellenére, vagy tudta nélkül vegyék fel őket, s amennyiben ez nem így történik, fejenként 100 arany büntetést kell fizetni.

A jogtudós azt mondja, hogy ha illegális egyesületeket fedeznek fel, azokat fel kell oszlatni, de az egyesület vagyonát szét kell osztani tagjai között. A büntetés még sem olyan súlyos, mint a felségsértésnél. A két forráshely összevetéséből az utóbbi intézkedés, illetve büntetés látszik életszerűbbnek, hacsak a *collegium* létrehozása nem jelentett konkrét fenyegető veszélyt az államra, illetve valamely közösségre nézve.

Bár ahogy *Ulpianus* mondja, ha valami az egyesületnek jár, az nem a tagoknak jár, amivel pedig az egyesület tartozik, azzal nem tartoznak a tagok.¹⁶

Ha a katona olyan testületet látogatott, amely nem engedéllyel működik, akkor az jogellenes. Még rabszolga is felvehető volt alacsonyabb rangú katonai egyesületekbe, de csak ha ahhoz ura és az egyesület vezetői hozzájárulnak.¹⁷ Ha ura engedélye nélkül vették fel a rabszolgát, 100 arany büntetést kellett fizetni.

Kérdésként merül fel, hogy ki fizette a büntetést, bár a forrás nem említi, de egyértelműen az egyesület, mert a rabszolga vétőképeséssel bír, mégsem valószínű, hogy őt büntették, hanem az egyesületet, mivel a *collegium* akarata nélkül a rabszolga nem lehet annak tagja. Az egyesületek a tagoktól elkülönült vagyonnal rendelkeztek, így a bírságot is meg tudták fizetni, amely a felvett rabszolgák számától függően fejenként 100 arany volt.

forrás. LENEL: Pal. 1. 675. p.

¹⁶ ... si quid universitati debetur, singulis non debetur; nec quod debet universitas, singuli debent. (D.3.4.7.1.); KUNKEL/ HONSELL: RR. 78. p.

¹⁷ KASER: RPRII2. 309. p.

3. A katonákra vonatkozó házassági tilalom kérdése nem egyértelmű, mert a források egy része alátámasztja a tilalom fennállását, míg a források másik része a katonák által kötött *iustum matrimonium*ról beszél.

A császárkori szabályozás vizsgálatánál az *Augustus* császár korában meglévő tilalomból kell kiindulni¹⁸ és *Septimius Severus* császár uralkodásáig kell csak vizsgáldni, mivel ő a katonák házasságkötési tilalmát feloldotta.¹⁹

Először vizsgáljunk meg két, *Gaiustól* származó forrást, amelyek a tilalmat alátámasztják:

vel senectutem aut valetudinem aut militiam satis commode retineri matrimonium non possit: (D.24.1.61.)

A jogtudós azt mondja, hogy az időskor, vagy a betegség, vagy a katonai státusz önmagában elegendő a házasság felbontásához.

Unde et veteranis quibusdam concedi solet principalibus constitutionibus conubium cum his Latinis peregrinisve, quas primas post missionem uxores duxerint;.... (Inst.1.57.)

Ebből következőleg bizonyos veteránoknak is császári rendelettel engedélyezik a *conubium*ot azokkal a latin és *peregrinus* nőkkel, akiket elbocsátásuk után először vesznek el nőül.

A két forráshely egyértelműen utal a házassági tilalom létre. Az első esetben a katonai státusz megszerzése alapot jelent a házasság felbontására. A második esetben, pedig abból következtethetünk rá, hogy a jogász kihangsúlyozza azt, hogy bizonyos leszerelt katonák megkaphatták a házasságkötés jogát, tehát ebből *a contrario* következik, ha megkaphatták, akkor korábban nem volt meg ez a joguk.

Most pedig nézzünk olyan forrásokat, amelyek a házassági tilalmat vitathatóvá teszik:

Filius familias miles matrimonium sine patris voluntate non contrahit. (D.23.2.35.- Papinianus)

A jogász állítása szerint a katona fiú házassága az apa akarata nélkül nem jöhet létre.

A forrás egyértelműen kimondja, hogy a fiú apja engedélyével *matrimonium*ot köthet.

Ugyancsak a katonák házasságkötési jogára utalnak olyan forráshelyek is, amelyek a katona fiának, illetve *postumusainak* öröklésével foglalkoznak.²⁰

¹⁸ Suet. Augustus 24. 1.; M. MIRKOVIC: Die Römische Soldatenehe und der „Soldatenstand“. ZPE 40 (1980) 262. p.; JUNG: *Das Eherecht*... 334. p. Ez a tilalom csak a katonai táborokra vonatkozott, a hadvezér a táboron kívül együtt élhetett feleségével.

¹⁹ MIRKOVIC: *Die Römische Soldatenehe*... 259. p.; JUNG: *Das Eherecht*... 337. és köv. p.

²⁰ D.29.1.7.; 29.1.8.; 29.1.28.; 49.17.16.; 49.17.13.;

Az ellentétes véleményeket tartalmazó forrásoknak köszönhetően az irodalom is megosztott a kérdésben. Meyer²¹ szerint a tilalom a *milites gregales*nál abban is megmutatkozott, hogy a katonáskodás előtt kötött házasságot a katonai szolgálat fölfüggesztette, és átalakította egy legális *concubinatus*szá, amely a feleség oldaláról *matrimonium iustum*ot jelentett. A szolgálat megszűnése után a *concubinus* visszafordult jogszerű *matrimonium iustum*má. Ez alól kivételt jelentettek az alacsonyabb rangú tisztek, az *evocati*, *immunes* és a *principales*. Mirkovic²² vitatja, hogy a házasság folytonosságának tilalma olyan hosszú ideig fennmaradhatott volna. A tilalom alapja a katonai fegyelem erősítése lehetett, amit később áthágtak. A tilalom részleges fennmaradását szolgálta a hatalom azon törekvése, hogy a *disciplina* látszata megmaradjon. Jung²³ azt mondja, hogy az együttélést eltűrték, de sem a császár, sem a tartományi helytartók nem ismerték el jogszerű házasságnak.

Ebben a kérdésben olyan megoldást kell találni, ami megmagyarázza azt, hogy *Gaius* miért hivatkozik a tilalomra két helyen is, illetve hogy a többiek miért nem említik.

Meyer álláspontja nem tartható két ok miatt sem. Az egyik: nem valószínű, hogy egy jogszerűen megkötött házasságot a rómaiak visszaminősítettek volna *concubinatus*szá, majd a katonai szolgálat végén újra jogszerű házassággá alakították volna át. Ez a csúrés-csavarás nem jellemző a római jogra. A másik ok, ha Meyer állítása igaz lenne, ez olyan speciális jogi megoldás lett volna, amit a *Digesta*ban *Gaius*on kívül mások is biztosan megemlítenek, még akkor is, ha csak jogtörténeti jelentősége van.

A forrásokkal egybevágó megoldás a következő lehet: az *augustus*i tiltást követően az időben előre haladva egyre többször szegték meg a tilalmi szabályt, amely egyetértve Mirkoviccsal, a *disciplina* fennmaradását célozta. A tilalom megszegését a császár és a hadvezérek hallgatólagosan tudomásul vették, mivel szükségük volt a katonákra a birodalom fennmaradása érdekében. Formailag azonban nem törölték el, mert fenn akarták tartani a *disciplina* látszatát. A *Digesta* katonai fejezeteiben azért nem foglalkoztak a házassági tilalommal, mert az *Septimius Severus* császár korára már csak elméletben létezik, amit a császár formailag is eltörölt, *Iustinianus* császár idejére pedig már teljesen feledésbe is merült.

*

Összefoglalva megállapítható, hogy a katonák jogait háromféle jelentős tilalom korlátozta. Nem szerezhettek mezőgazdasági földterületet, abban a provinciában, ahol szolgáltak, mivel ez elvonhatta figyelmüket katonai kötelezettségeik-

²¹ P. M. MEYER: *Der Römischen Konkubinat nach den Rechtsquellen und den Inschriften*. 1895 111. p.

²² MIRKOVIC: *Die Römische Soldatenehe*... 271. p.

²³ JUNG: *Das Eherecht*... 337. p.

ről. Azonban házat venniük nem volt tilos, mert ez arra utalt, hogy a katona leszerelés után ott fog letelepedni, ami erősíti a római uralmat. Ha valaki a tilalmat mégis megszegte, és erről az állam, még a katonai státusz megszűnése előtt tudomást szerzett, akkor a *fiscus* elkobozta a termőföldet. A katonáskodás befejezése után elkobzásnak már helye nem volt. Nem érvényesült a tilalom akkor, ha az állam saját földjeit értékesítette, illetve veteránok és betegség miatt leszereltek esetében.

Szintén korlátozták a katonák egyesülési jogát is. A katona egy időben csak egy személyegyesület tagja lehetett, és havonta csak egyszer jöhettek össze. Nem vehetett részt továbbá titkos *collegiumban*. Az egyesülési jogot nyilvánvalóan azért korlátozták, hogy elejét vegyék bármiféle hadseregen belüli szervezkedésnek, illetve lázadásnak. Titkos egyesületeket, pedig azért nem hozhattak létre, mert a hadvezetés csak a nyíltan szerveződött *collegiumok* tevékenységét tudta figyelemmel kísérni. A támogatott egyesületek a szolidáris és vallási célú szerveződések voltak.

Már a köztársaságkortól kezdve élt a katonák házassági tilalma, amely feltehetőleg oda vezethető vissza, hogy jobban fegyelmezhető és könnyebben engedelmeskedik a parancsok egy olyan katona, akinek sem felesége sem gyermekei nincsenek. A tilalmat *Augustus* császár megerősíti. Később azonban egyre inkább megszegik, a hatalom pedig ezt hallgatólagosan eltűri, de formailag nem törlik el, mivel fenn akarják tartani a katonai fegyelem látszatát. *Septimius Severus* császár azonban végleg megszünteti, mivel az már csak „papíron létezik”.

A katonákat sújtó különböző tilalmak közös célja az volt, hogy a katona csak a katonai feladataira koncentráljon. Megpróbálták megvonni tőlük minden olyan jogot, amely elvonhatta a katona figyelmét kötelezettségeiről, vagy megkérdőjelezhetővé tette a fegyelmet, illetve az előljáró parancsát.

PETER VARGA

ERWERBVERBOT FÜR AGRARGRUNDSTÜCKE, VEREINVERBOT UND EHEVERBOT DER RÖMISCHEN SOLDATEN IN RECHTSQUELLEN DER KAISERZEIT

(Zusammenfassung)

Die Soldaten durften kein Agrargrundstück in der Provinz erwerben, in der sie dienten. Dieses Verbot kam nicht zur Geltung in folgenden Fällen: vom Fiscus

verkauften Grundstücken, Erbschaft und wenn der Erwerb nach der Abrüstung zur Licht kam. Der Erwerb des Hauses war nicht verboten.

Die Soldaten dürften sich an heimlichen Vereinen nicht teilnehmen. Dieses Verbot galt an den religiösen und solidarischen Vereinen nicht. Für ein Soldat war aber nur eine Mitgliedschaft erlaubt.

Kaiser August verstärkte das Eheverbot der Soldaten. Später tolerierte die Macht still, wenn die Soldaten dieses Verbot verletzten. Der Kaiser hat formell diese Regel nicht abgeschafft, weil er den Anschein der Disziplin erhalten wollte. Kaiser Septimius Severus hat das Eheverbot der Soldaten endgültig aufgelöst, deswegen beschäftigten sich die Juristen nicht mit dem Eheverbot in Digesten.

Cui dens abest...

(Bemerkungen zu einem zahnlosen Argument)

In seiner viel beachteten Schrift *Rationes decidendi*¹ setzt sich FRANZ HORAK notwendigerweise auch mit den Begründungen mittels *deductio ad absurdum* auseinander.² Mit Bezug auf die herrschende Lehre versteht er die „*deductio* (oder *reductio*) als eine Widerlegung im strengen Sinne“.³ Weiters zitiert er WILHELM BURKAMP: „Impliziert die Wahrheit eines Satzes die Falschheit dieses selben Satzes, so ist er damit als falsch nachgewiesen“.⁴ U. KLUG hält sie für ein Mittel der indirekten Beweisführung.⁵ KLUG ist allerdings der vertretbaren Meinung, „dass man bei dem in der Jurisprudenz vorkommenden *argumentum ad absurdum* ebenso wie beim *argumentum a fortiori* von Fall zu Fall untersuchen müsse, ob jeweils durch den Hinweis auf dieses Argument die *logische* Struktur der betreffenden Folgerung angegeben werden soll oder ob nicht vielmehr wiederum ein *teleologisches* Urteil gefällt wird.“⁶

Eine ausführliche Untersuchung widmete UWE DIEDERICHSEN unserem Thema.⁷ Anknüpfungspunkt seiner Untersuchung ist ein Zitat aus der Methodenlehre von KARL LARENZ:⁸ Rechtswissenschaft wird zur Wissenschaft

¹ FRANZ HORAK: *Rationes decidendi, Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen*. I. Band, Innsbruck 1969.

² F. HORAK, ob. Anm. I S. 267 ff.

³ F. HORAK, ebendort.

⁴ W. BURKAMP: *Logik* (1932) S. 135.

⁵ ULRICH KLUG: *Juristische Logik*¹, (1966) S. 138: „Bei ihr (scil. indirekte Beweisführung), die man auch den apagogischen Beweis nennt, geht es darum, dass man die Wahrheit der zu beweisenden These auf einem Umweg darzutun versucht, und zwar indem man nachweist, dass der kontradiktorische Gegensatz der These mit einer bereits als wahr erkannten These im Widerspruch steht.“

⁶ KLUG: vorige Anm. Z. 3.

⁷ UWE DIEDERICHSEN: Die „*reductio ad absurdum*“ in der Jurisprudenz, in *FS Karl Larenz zum 70. Geburtstag*, Hrsg. von G. Paulus, U. Diederichsen u. C.W. Canaris (1973).S. 155 ff.

⁸ KARL LARENZ: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*² (1969) S. 6.

„weil sie Methoden entwickelt hat, die auf eine rational nachprüfbare Erkenntnis abzielen“.

Die praktischen Auswirkungen solcher methodologischen Verfeinerungen scheinen sich aber in Grenzen zu halten. DIEDERICHSEN meint jedenfalls, in den Urteilsbegründungen vielfach jeden Bezug zu methodischen Grundlagen des juristischen Denkens vermissen zu müssen.⁹

Beachtenswert ist allerdings für den Juristen auch grundsätzlich das Verhältnis von formaler Logik und juristischer Logik. Die ungezählten Versuche, juristische Grundfragen mit Mitteln der formalen Logik zu lösen, finden dort ihre Grenzen, wo dem modernen Juristen die Wohltat, die dem römischen *iudex privatus*, aber auch den Richtern der Geschworenenbänke die Flucht aus der Entscheidungspflicht, das *rem sibi non liquere*, nicht zur Verfügung steht.¹⁰ Dies mag seine Gründe sicher auch darin haben, dass im Legisaktionenverfahren, wie auch im Formularverfahren die Richter zwar gebildete, aber nur in den seltensten Fällen auch juristisch gebildete Personen waren. Dies ließ sich nur zum Teil durch die ständige Konsultation eines *consilium* ausgleichen.¹¹ Dies bedeutet natürlich nicht, dass durch die Entschlagung eines Richters oder von Richtern einer Geschworenenbank die Sache unerledigt geblieben wäre. Ab der *litis contestatio* war der Prozeß definitiv auf den Weg gebracht und musste daher auch entschieden werden. Beim Einzelrichter wurde die Sache an einen anderen Richter verwiesen, bei Richterkollegien konnten auch bei Entschlagung durch einzelne Richter die übrigen immer noch zu einem mehrheitlichen Urteil kommen und damit die Sache zu einem Ende bringen.

Dem modernen Rechtsanwender ist die Flucht aus der Entscheidungspflicht nicht gegeben. Er bedarf daher aller Auslegungsmöglichkeiten, um zweifelhafte, unklare, unscharfe, unregelte Fragestellungen doch im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen zu entscheiden. Hierbei ist nicht nur die juristische Stringenz wahrzunehmen, es gilt auch die Gesetze der allgemeinen Logik anzuwenden. Hier sieht nun Klug die Schwierigkeit bei der möglichen Fehlerhaftigkeit juristischer Entscheidungen. Solche Entscheidungen müssen nachvollziehbar begründet werden, sollten sie auch einer nachträglichen

⁹ U. DIEDERICHSEN ob. Anm. 7 S. 155 f.: „Vergleicht man nun aber einmal im Gegensatz die Wirklichkeit juristischer Beweisführungen wie sie sich in einem schier unerschöpflichen Material an Judikaten niederschlägt, mit dem, was in den Methodenlehren gleichsam herausgefiltert als „das juristische Denken“ erscheint, so fällt auf, dass ein großer Teil der Überlegungen, welche gedanklich die konkrete Entscheidung einer juristischen Frage zu tragen bestimmt sind – richtet man sich nach den Anleitungen zum juristischen Denken –, jeder methodischen Grundlage entbehrt.“

¹⁰ K. HACKL/M. KASER: *Das römische Zivilprozessrecht*², (1996) S. 121 mit Lit FN 3 und S. 370 mit Lit FN 3.

¹¹ K. HACKL/M. KASER: ob. Anm. 10, S. 192 zur Richterbestellung und zur geforderten Qualifikation.

Überprüfung durch eine obere Instanz unterzogen werden.¹² Es sei nämlich zu unterscheiden, ob die Rüge der Entscheidung wegen mangelhafter Beweiswürdigung, falscher rechtlicher Beurteilung oder wegen Verletzung der allgemeinen logischen Denkgesetze erfolgt sei. Schließlich müsse man auch einen Verstoß gegen die Logik als einen Verstoß gegen das Recht sehen. Eine Revision könne „nur darauf gestützt werden, dass das angefochtene Urteil auf einer Verletzung des Rechts beruhe (§ 549 <deutsche> ZPO und § 337 <deutsche> StPO).“¹³ Dies habe schlussendlich dazu geführt, dass der BGH (BGHSt 6, S. 70/72) die Gesetze der Logik als „Normen des ungeschriebenen Rechts“ ansehen wollte.¹⁴ Dieser Umweg ist nicht notwendig. Auch „die Anwendung des Rechts unter Verletzung der Denkgesetze <ist> eine unrichtige Anwendung des Rechts.“¹⁵

Was kann nun die *reductio* bzw *argumentum ad absurdum* leisten ?

Wo ist sie hilfreich, wo kann sie zu einer sonst nicht erreichbaren Lösung führen?

Bevor ich mich einigen Belegfällen aus dem römischen Recht zuwende, sollen noch einige Gedanken von DIEDERICHSEN nachgezeichnet werden. Versucht man gewisse Argumentationsstrukturen der Entscheidungen zu entschlüsseln, „stößt man überwältigend oft auf Begründungen, die bestimmte Gegenansichten als ‚untragbar‘, ‚unannehmbar‘, ‚unhaltbar‘, als ‚offensichtlich unrichtig‘, ‚unverständlich‘, ‚des Sinnes entbehrend‘, bzw. ‚sinnlos‘ oder schlicht als ‚abwegig‘ bezeichnen.“¹⁶ Weiters sagt er: „Der Bezug zur Logik wird deutlich, wenn bestimmte Auslegungsmöglichkeiten als ‚ungereimt‘, bestimmten Grundsätzen ‚widersprechend‘, als ‚sinnwidrig‘ oder ‚widersinnig‘ abqualifiziert werden.“¹⁷

Allen diesen Qualifizierungen ist das negative Element gemeinsam. Immer wird eine Lösung dadurch protegiert, dass man andere Lösungen als nicht geeignet, als den Denkgesetzen widersprechend einstuft. ENNECCERUS-NIPPERDEY verstehen daher unter *argumentum ad absurdum* den Nachweis, „dass eine bestimmte Auslegung richtig sei, weil die sonst noch möglichen töricht sein würden.“¹⁸

Es lässt sich nicht leugnen, dass mit dem Rekurs auf das *absurdum*¹⁹ der Boden der stringenten juristischen Beweisführung verlassen wird.

¹² U. KLUG: ob. Anm. 5 S. 141 f.

¹³ U. KLUG: ob. Anm. 5 S. 142.

¹⁴ Zitiert nach KLUG: vorige Anm.

¹⁵ U. KLUG: ob. Anm. 5 S. 142.

¹⁶ U. DIEDERICHSEN: ob. Anm. 7 S. 157 mit Anm. 10–25.

¹⁷ U. DIEDERICHSEN: vorige Anm.

¹⁸ L. ENNECCERUS u. H.C. NIPPERDEY: *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*¹⁵ 1. Bd. (1959/60), § 56 Anm. 11.

¹⁹ Etymologisch ist aus dem Wort *absurdus* 3 nichts zu gewinnen. WALDE-HOFFMANN Etymologisches Wörterbuch übersetzt „mißklingend, ungereimt, töricht“, mögliche

Widersprüchlichkeiten im Recht sind entweder systemimmanent, oder sie sind das Ergebnis von Wertungen. KARL ENGISCH²⁰ hat ein System der Widersprüche in der „gesetzten“ Rechtsordnung entwickelt. Er kennt „Gesetzestechnische Widersprüche“, „Normenwidersprüche“, „Wertungswidersprüche“, „Teleologische Widersprüche“, zuletzt auch „Prinzipienwidersprüche“.²¹ Wie sehr auch jede Rechtsordnung versucht, Unschärfen aus der juristischen Argumentation zu verbannen oder wenigstens weitestgehend einzuschränken, wird immer ein Spielraum für unterschiedliche Wertungen bleiben. Es geht hier nicht um die Wertungswidersprüche in der Systematisierung von KARL ENGISCH, die sich ja auf unterschiedliche Wertungen rechtlicher und gesellschaftlicher Gegebenheiten in verschiedenen Gesetzen aus welchen Gründen immer beziehen. Die Berufung auf das *absurdum* in konkreten juristischen Entscheidungen ist wohl von starken persönlichen Voraussetzungen abhängig. Auch wenn wir bereit sind, Organen der Rechtspflege gleichwertige Ausbildung, ähnliches oder gar identisches gesellschaftliches Umfeld, ähnliche ethische, soziale und moralische Ansprüche und Vorstellungen zuzubilligen: immer bleibt die Unschärfe der unterschiedlichen Persönlichkeitsstruktur, empirischer Erfahrungen und daraus resultierender individueller Wertekataloge.

Hierzu sei auf die vor einiger Zeit mit viel Engagement geführte Debatte über die Wege der klassischen Rechtsfortbildung hingewiesen. MAX KASER²² hat hierzu grundsätzliche Erkenntnisse gewonnen, die allerdings zum Teil unterschiedlich verstanden wurden. Es kann nicht Gegenstand dieser Überlegungen sein, diese Debatte aufzurollen. Doch ist im Rahmen der Betrachtungen zum *absurdum* durchaus auch die Methode ganz allgemein überlegenswert. So sagt KASER: „Fragt man nun nach den Wegen, auf denen die Römer in dieser kasuistischen Manier ihr Recht gefunden haben, so wird man entgegen den Erwartungen, die etwa Cicero erwecken könnte, nicht sogleich auf die rationalen Methoden der Induktion und Deduktion verwiesen. Nach den Eindrücken, die die juristische Überlieferung vermittelt, steht vielmehr im Vordergrund die Intuition, also die Gewinnung der richtigen Entscheidung durch ein unmittelbares Erfassen, das des rationalen Argumentierens nicht bedarf. Dieses spontane Erschauen der richtigen Lösung hat zweierlei Grundlagen, die sich aufs innigste durchdringen, nämlich das

Verwandtschaft zu „absonus“. HEUMANN-SECKEL Handlexikon ebenfalls „widersinnig, ungereimt.“

²⁰ KARL ENGISCH: *Einführung in das juristische Denken*³ (Stuttgart 1964), jetzt 9. Aufl. 1997 von TH. WÜRTENBERGER-OTTO DIRK.

²¹ KARL ENGISCH: vorige Anm. 3. Aufl. S. 157 ff.

²² MAX KASER: *Zur Methode der römischen Rechtsfindung*. Akad. wiss. Göttingen. Phil-hist. Kl. 1962 Nr. 2., 2. unveränd. Auflage 1969.

gefestigte und verfeinerte juristische Sachgefühl und die in gründlicher Arbeit apperzipierte Fülle der Erfahrung.“²³

Dazu bemerkt W. WALDSTEIN, so könne „es keinem Zweifel unterliegen, dass dabei Entscheidungsgrundlagen oder Entscheidungs-kriterien zur Anwendung gekommen sind, die über das damalige positive Recht hinausführten.“²⁴ Genau in dieser Situation befanden sich und befinden sich Juristen, wenn sie in ihre Entscheidungen und Argumentationen Wertungen einfließen lassen müssen. Es mag vielleicht ein gewagter Vergleich sein, sich auf Bestimmungen zur Lückenfüllung moderner Gesetze zu berufen. Aber beide Beispiele zeigen, wie sehr der Gesetzgeber das geistige Umfeld und die persönliche Entwicklung des Rechtsanwenders in letzter Instanz anruft. So stützt sich § 7 ABGB letztendlich auf „natürliche Rechtsgrundsätze“, wobei die Umstände sorgfältig gesammelt und reiflich erwogen werden müssen.²⁵ Noch mehr imponiert mir allerdings das Vertrauen, das der Gesetzgeber im schweizerischen ZGB seinen Richtern entgegen bringt:

Art. 1 ZGB: Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält. Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Richter aufstellen würde. Er folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung.

Beide Gesetzestexte sind durchaus mit KASERs Postulat des ‚juristischen Sachgefühls‘ und der ‚Fülle der Erfahrung‘ als Begleiter, um nicht zu sagen Grundlage der Intuition römischer Juristen vergleichbar.

Welches Material bieten uns nun die Quellen des römischen Rechtes zur Thematik der *reductio ad absurdum* ?

Der Linzer Digestencomputer zeigt insgesamt 86 Belegstellen für das Wort *absurdum*. Davon stammen 50 aus den Digesten,²⁶ 19 aus dem Codex Iustinianus,²⁷ 4 aus dessen Institutionen. Wir finden 3 Belege bei Gaius in den Institutionen, 6 im Codex Theodosianus, 1 in den Theodosianischen Novellen und 3 im Breviarium Alaricianum. Der Versuch, wirklich allen

²³ M. KASER: vorige Anm. S. 54 f.

²⁴ W. WALDSTEIN: Entscheidungsgrundlagen der klassischen römischen Juristen, ANRW Bd 15, 1965 (Principat) S. 5. mit umfassender Diskussion und Literatur.

²⁵ § 7 ABGB: Läßt sich ein Rechtsfall weder aus den Worten, noch aus dem natürlichen Sinne eines Gesetzes entscheiden, so muß auf ähnliche, in den Gesetzen bestimmt entschiedene Fälle, und auf die Gründe anderer damit verwandter Gesetze Rücksicht genommen werden. Bleibt der Rechtsfall noch zweifelhaft; so muß solcher mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten und reiflich erwogenen Umstände nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen entschieden werden.

²⁶ Die Texte verteilen sich auf die Juristen nach der Häufigkeit der Belege: Ulp. 15, Paul. 10, Gai. 6, Afr. 4, Cels. 3, Pap., Iul., Iav., Marcell. je 2, Marcian., Tryph., Mod. und Maec. je 1.

²⁷ Von den 19 Codexbelegen stammen 12 von Iustinian, 2 von Iustinus, je 1 von Antoninus (Caracalla), Severus u. Antoninus, Theodosius und Valentinianus und zuletzt Leo.

Argumentationen, die sich auf absurde Argumentationen stützen, ohne sich explizit auf die Absurdität zu berufen, auf die Spur zu kommen, würde die vollständige Lektüre aller Texte erfordern, was nur in einer größeren Untersuchung erfolgen könnte. So hat schon Horak²⁸ gezeigt, dass Argumentationen auch in anderer Weise die Abwegigkeit einer möglichen Lösung und Auslegung umschreiben können. Ohne sich auf Absurdität zu berufen, verwenden die Texte in D 18, 1,77 Iavol. 4 ex post. Lab. und D 34, 2, 39 pr., Iavol. ex post. Lab. die Formulierung „*et aliter interpretantibus*“ mit der Konsequenz, dass eben eine andere als die vom Juristen vorgeschlagene Lösung nicht sinnvoll wäre, weil sie zu einem widersinnigen Ergebnis führen würde.

Wie gefährlich es ist, sich weitgehend nur auf Wortstudien zu verlassen, zeigt eine von HORAK²⁹ kurz behandelte Stelle von

Gellius N.A. 4,2,12. *Eum vero, cui dens deesset, Servius redhiberi posse respondit, Labeo in causa esse redhibendi negavit: 'nam et magna' inquit, 'pars dente aliquo carent, neque eo magis plerique homines morbosus sunt, et absurdum admodum est dicere, non sanos nasci homines, quoniam cum infantibus non simul dentes gignuntur'.*

Ein Sklave wird verkauft, dessen Gebiss wohl nicht sofort erkennbare Lücken aufweist. Mangels entsprechender Kontrolle fällt dieser Mangel zunächst nicht auf. Anscheinend ist auch nichts in diesem Sinne ausdrücklich zugesagt worden. Nach Feststellung der Zahnücke stellt sich die Frage, ob das Fehlen des Zahnes zu den anzeige-pflichtigen Mängeln nach dem kurulischen Edikt gehört oder nicht.

Das Edikt spricht zunächst abstrakt von Mängeln:

D 21,1,1 Ulp. 1 ed. aed. curul.: *Qui mancipia vendunt certiores faciant emptores, quid morbi vitii cuique sit....emptori omnibusque ad quos ea res pertinet iudicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur.*

Es stellt sich daher zunächst die Frage, ob die Zahnücke unter den Sammelbegriff *morbis* eingeordnet werden kann oder nicht. Gellius zitiert Caelius Sabinus, der wiederum sich auf Labeo beruft, welcher den *morbis* wie folgt umschreibt:

Gellius N.A. 4,2,3: *Morbis est habitus cuiusque corporis contra naturam, qui usum eius facit deteriorem.*

Fast wortgleich begegnet uns dieser Text in D 21,1,1,7 mit dem Unterschied, dass hier nicht der Doppelverweis auf Labeo über Caelius Sabinus erfolgt, sondern nur ‚Sabinus‘ zitiert wird, aber aus dem Zusammenhang eindeutig der

²⁸ F. HORAK: ob. Anm. 1 S. 271 f.

²⁹ F. HORAK: ob. Anm. 1 S. 270.

Verfasser des Kommentars zum Edikt der kurulischen Aedilen Caelius Sabinus gemeint ist.

HORAK³⁰ versucht nun in der von Gellius zitierten Labeo - Passage ein Aufglimmen juristischen Humors zu finden, den offensichtlich FRITZ SCHULZ³¹ für diese strenge Zunft in Frage stellt. Es kann aber nicht verborgen bleiben, dass zwischen der Absurdität eines Argumentes und seiner Lächerlichkeit manchmal die Grenze schwer zu ziehen ist. Dies erkennen wir ja auch in den Celsinischen Texten, die sich ausdrücklich an der Lachhaftigkeit bestimmter Entscheidungen oder Lösungsmöglichkeiten vergnügen.³² Ausdrücklich als lächerlich bezeichnet Celsus in D 41,2,18,1 (23 dig.) die Ansicht, eine *Traditio* an einen nicht als solchen erkannten *furiosus* würde nicht zum Besitzverlust des Tradenten führen.³³ Er wollte übergeben und sich damit des Besitzes entledigen, sein Ziel ist erreicht, unabhängig davon ob der Empfänger geschäftsfähig ist oder nicht.

Wie D 3,5,9,1 (Ulp. 10 ed.) zeigt, bereitet die Spitzzüngigkeit des Celsus auch den Zunftkollegen Freude, wenn Ulpian die Lächerlichmachung eines Juristenkollegen als eleganten Streich hervorhebt.³⁴

So mag die Ansicht WIEACKERS sehr wohl zutreffend sein, dass des

Celsus cholerisches Temperament, das sich aus seiner gewiss rüden Ausdrucksweise (*stultum, vitiosum, ineptum, ridiculum*) erschließen läßt, auch einen geeigneten Nährboden für seine Liebe zur *deductio ad absurdum* darstellt.³⁵ In der überspannten Form ist dieses Instrument immer mit einem ironischen, gelegentlich mit sarkastischem Beige-schmack versehen. Es birgt ja gleichsam in sich den Vorwurf, daß die zu überzeugende Gegenpartei nicht eine selbstverständliche Sache sofort erkennt und versteht, daß man sie gleichsam mit der Nase auf die unsinnigen Konsequenzen ihrer Meinung stoßen muß. Dies geschieht, und dies gilt nicht nur für Celsus, sondern für das Instrument ganz allgemein, durch übersteigerte übertriebene Darstellung möglicher Konsequenzen.

Kehren wir jetzt zum Ausgangstext bei Gellius zurück. Ohne daß dies seiner Darstellung Abbruch tut, ist es doch überraschend, daß Horak einen Text in den

³⁰ F. HORAK: ob. Anm. 1 S. 270.

³¹ F. SCHULZ: Geschichte der römischen Rechtswissenschaft (1961) S. 147 f.: ...jeder Juristenwitz, jede heftige oder maliziöse Kritik ist vermieden, wie sie doch Aristoteles bisweilen liebte. Celsus fällt auf, wenn er gelegentlich die Meinung eines anderen als 'lächerlich' bezeichnet. Heftige rhetorenmäßige Polemik ist unter den vornehmen Herren nicht üblich.

³² F. WIEACKER: *Amoenitates Iuventianae. Iura* 13 (1962) S. 9ff.

³³ Vgl dazu H. HAUSMANINGER: Publius Iuventius Celsus: Persönlichkeit und juristische Argumentation, *ANRW II Principat* Bd. 15 S. 394 ff.; F. WIEACKER vorige Anm. S 17 ; JAN DIRK HARKE: *Argumenta Iuventiana, Entscheidungsbegründungen eines hochklassischen Juristen* (1999) S. 77 und passim.

³⁴ D 3, 5, 9, 1: ... sed istam sententiam Celsus eleganter deridet ...

³⁵ Vieles ist aber durch die ausgewogene Abwägung kritischer und zustimmender Äußerungen von Celsus über Fachkollegen bei HAUSMANINGER: ob. Anm. 33 S. 387, gemildert.

Digesten übersehen hat, der fast deckungsgleich mit dem Gelliustext ist. Daran knüpft meine obige Bemerkung, daß das Vertrauen in die Technik der Suchmaschinen, aber auch vorher in alle Arten von Vokabularen oft den Blick auf Texte verstellt, die thematisch durchaus zum geplanten Arbeitsbereich gehören, aber wegen Fehlens bestimmter Reizwörter der Aufmerksamkeit entgehen.

D 21,1,11 (Paul. 11. Sab): *Cui dens abest, non est morbosus: magna enim pars hominum aliquo dente caret neque ideo morbosus sunt: praesertim cum sine dentibus nascimur nec ideo minus sani sumus donec dentes habeamus: alioquin nullus senex sanus esset.*

<p>Gell. 4, 2, 12: Derjenige aber, dem ein Zahn fehlt, kann nach dem Gutachten des Servius zurückgegeben werden. Labeo verneint, daß dies ein Fall für die Redhibition sei: denn ein großer Teil der Menschen vermißt einen Zahn, und dennoch sind deshalb nicht die meisten Menschen krank. Und so wäre es absurd zu behaupten, daß die Menschen nicht gesund geboren werden, weil mit den Kindern nicht zugleich die Zähne entstehen.</p>	<p>D 21, 1, 1 (Paul. 11. Sab.): Wem ein Zahn fehlt, ist nicht (schon deswegen) krank: ein großer Teil der Menschheit vermißt irgendeinen Zahn und ist deshalb noch nicht krank: zumal wir ja ohne Zähne geboren werden und auch so nicht weniger gesund sind, bis wir unsere Zähne haben: anders wäre auch kein Greis gesund</p>
---	--

Während uns bei Gellius eine Juristenkontroverse überliefert wird, referiert Paulus eine Aussage ohne Diskussion. Offensichtlich handelt es sich bei diesem Sachmangel um einen regelmäßig wiederkehrenden Topos im Rahmen der kurulischen Haftungsregeln. Es ist kaum anzunehmen, dass wenn sich das Problem bei spätklassischen Juristen nicht gestellt hätte, diese aus reiner rechtshistorischer Reminiszenz diese Mängel unreflektiert wieder und wieder angeführt hätten. Es ist ja deutlich gesagt, dass nur verborgene Mängel Grund für die Redhibition geben. Offenkundige Mängel müssen bei der Begutachtung der Ware festgestellt werden.³⁶ Es wäre durchaus denkbar, dass der Zustand des Gebisses als Zeichen für den allgemeinen Gesundheitszustand des Sklaven gewertet wird und daher auch eine entsprechende Inspektion stattfindet. Unterbleibt diese, dann hat man sich den Mangel selbst zuzuschreiben, der ohne großen medizinischen Aufwand hätte erkannt werden können. Ein

³⁶ D 21, 1, 1, 6 (Ulp. 1. ed. aed. curul.): *Sic intellegatur vitium morbusve Mancipii (ut plerumque signis quibusdam solent demonstrare vitia), potest dici edictum cessare: hoc enim tantum intuendum est, ne emptor decipiat.*

mangelhaftes Gebiß könnte natürlich auch die Leistungsfähigkeit und Arbeitskraft des Sklaven beeinträchtigen und so eine erhebliche Wertminderung verursachen.³⁷ Es wird daher im Einzelfall zu beurteilen sein, ob es sich um eine schwere Erkrankung handelt, oder nur eine leichte Beeinträchtigung der Aktivitäten vorliegt. Ein *morbus sonticus* verursacht zum Beispiel die Versäumung eines Gerichtstermins oder das Verlassen der Gerichtsstätte während der Verhandlung. Ein in Abwesenheit einer Partei gesprochenes Urteil ist nichtig.³⁸ Ob dies auch zur neuerlichen Durchführung des gesamten Prozesses verpflichtet, kann hier nicht entschieden werden.

Daher differenziert Pomponius deutlich, ob von einem ‚*morbus*‘ generaliter gesprochen wird oder ein *morbus sonticus* den Gegenstand der Redhibitions wünsche bildet. Zunächst stellt er fest, dass eine Krankheit nicht notwendig ein *morbus sonticus* sein muß, um den Wunsch nach der Redhibition zu rechtfertigen. Andererseits macht er deutlich, dass ein leichtes <und wahrscheinlich vorüber-gehendes> Leiden (*levis*), ob es sich nun um Trifügigkeit, Zahnweh, Ohrenweh oder ein Geschwür handelt, nicht ausreicht, um die *actio redhibitoria* anstellen zu können. Eine ‚erhöhte Temperatur‘ sei noch kein Grund für die Wandelungsklage. Schränken aber Pomponius und mit ihm Paulus den Ausschluß der Redhibition auf leichte Erkrankungen, für uns im Konkreten auf leichtes Zahnweh ein, kann man *e contrario* schließen, dass schwere, wiederkehrende Zahn-schmerzen, die die Aktivitäten zwar nicht gänzlich verhindern, aber doch in erheblichem Maße einschränken, den Gebrauchswert dermaßen mindern, dass die Redhibition angestrebt wird, obwohl es sich nicht um einen ‚*morbus sonticus*‘ handelt.³⁹

³⁷ D 21, 1, 4, 5-6 (Ulp. 1. ed. aed. curul.): Illud erit adnotandum, quod de morbo generaliter scriptum est, non de sontico morbo, nec mirum hoc videri Pomponius ait: nihil enim ibi agitur de ea re, cui hic ipse morbus obstat. (6) Idem ait non omnem morbum dare locum redhibitioni, ut puta levis lippitudo aut levis dentis auriculaeve dolor aut mediocre ulcus: non denique febriculam quantulamlibet ad causam huius edicti pertinere.

³⁸ D 42, 1, 60 (Iul. 5. dig.): Quaesitum est, cum alter ex litigatoribus febricitans discessisset et iudex absente eo pronuntiasset, an iure videtur pronuntiasse. respondit: morbus sonticus etiam invitis litigatoribus ac iudice diem differt. sonticus autem existimandus est, qui cuiusque rei agenda impedimento est....D 50, 16, 113 (Iav. 14. ex Cass.). ‚Morbus sonticus‘ est, qui cuique rei nocet.

³⁹ Daß die Befreiung von solchen Schmerzen doch als Wohltat angesehen wird, zeigt D 50, 13, 1, 3 (Ulp. 8. de omni. trib.). So wird den Ärzten, auch wenn diese nur für bestimmte Teile des Körpers oder für bestimmte Schmerzen zuständig sind, wie z. B. die Zahnärzte, der Rechtsweg zum Einklagen ihrer Honorare in der *extra ordinaria cognitio* eröffnet. Hier mag vielleicht noch ein medizinhistorischer Hinweis angebracht sein. Im Zwölftafelrecht finden wir die Bestimmung: 10, 8: ...neve aurum addito. at cui auro dentes iuncti escunt, ast im cum illo sepeliet uretve, se fraude esto. Das Verbot, den Verstorbenen wertvolle Grabbeigaben mitzugeben enthält nicht die Verpflichtung, den Toten die Goldbefestigungen ihrer Zähne heraus zu brechen. Dies beweist aber, dass es schon in dieser Zeit entwickelte zahnmedizinische Methoden gegeben hat, und besonders, dass vor allem die Eignung des Goldes für diese Zwecke erkannt war. (Erfreulicherweise ist hingegen die Bestimmung im § 5 nicht mehr in Kraft, wonach die Honorare von Professoren des Zivilrechtes nicht eingeklagt werden können: die Rechtskenntnis

Paulus vermeidet hier den Bezug auf das *absurdum*. Zweifelsohne ist der Text aber kein genuiner Paulustext, dazu ist die Parallelität mit dem bei Gellius überlieferten Text zu offensichtlich. Er vermeidet die formale Argumentation und beschränkt sich auf die Darstellung der sicher allgemein akzeptierten Einschränkungen. Er trägt sogar noch ein weiteres Argument bei, indem er zu den zahnlosen Neugeborenen auch noch die zahnlosen Greise hinzufügt. Beide Gruppen seien, zumindest nicht aus diesem Grunde, ungesund oder krank. Diese Beweisführung lenkt aber auch etwas vom *thema probandum* ab.

Wenn jemand ein Sklavenkind auf dem Markt kaufen will, dann stellt sich diese konkrete Frage der Sachmängelhaftung sicherlich nicht. Umgekehrt kennen alle vernunftbegabten Menschen die möglichen körperlichen Mängel alter Menschen.

Versucht man, die Definition von ENNECERUS/NIPPERDEY⁴⁰ auf die Denkschemata unserer beiden Vergleichstexte anzuwenden, kommt man zu keinem zwingenden Ergebnis. „Eine bestimmte Auslegung ist richtig, weil die sonst noch möglichen töricht sein würden“ ist keineswegs stringent. Die Aussage, dass alle zahnlosen Kinder und alte Menschen als krank gelten müssten, wenn man einen Mann in der Blüte seiner Jahre wegen einer Zahnlucke als krank bezeichnen müsste, verlässt den beabsichtigten Regelungskreis der Diskussion. Es geht nicht um ein rein medizinisches Urteil, sondern um die Beurteilung einer eventuell beschränkten Funktionalität eines Sklaven auf Grund bestimmter körperlicher Mängel. Dass Kinder und Greise auch ohne Zähne als gesund gelten, impliziert nicht verbindlich, dass ein Erwachsener auch für bestimmte Funktionen geeignet sein muß, obwohl ihm Zähne fehlen. Hinter dem Begriff *sanus* verbirgt sich insoweit mehr als die simple medizinische Diagnose.

Selbst wenn der Jurist mit einem *argumentum a maiore ad minus* agieren würde, ließe sich der Regelungszweck verfehlen. Man könnte durchaus formulieren: Wenn zahnlose Kinder und Greise im medizinisch-juristischen Sinne als gesund gelten, dann erst recht⁴¹ Menschen, denen nur ein Teil der Zähne fehlt. Dies ist logisch zwingend, löst aber nicht das Problem der Qualitäts- und Eigenschaftsvorstellungen des Käufers.

In unserer kurzen Untersuchung sollte an einem einzigen Beispiel dargestellt werden, dass das *argumentum ad absurdum* stets mit logisch, empirisch und emotional belasteten Beweisführungen arbeitet, dass oft auf der Basis von VOR-Urteilen agiert wird. „Die Schwäche der meisten Argumentationen „ad absurdum“ zeigt sich in *unvollkommenen und unvollständig gebildeten*

sei zwar eine ehrenvolle Sache [est quidem res sanctissima civilis sapientia], aber in Geld nicht abschätzbar; durch eine Klage würde sie nur herabgewürdigt werden.)

⁴⁰ Oben bei Anm. 18.

⁴¹ Zum Argument „erst recht“ bei allen Größenschlüssen vergleiche U. KLUG: ob. Anm. 5 S. 134.

Disjunktionen: Man setzt der fremden Auffassung „q“ die eigene Auslegung „p“ entgegen und weist nach, daß die Interpretationsmöglichkeit „q“ zu unmöglichen Konsequenzen führt. Und als Frucht dieser Polemik sieht man die eigene gegenteilige Auffassung, die nicht zu den getadelten Konsequenzen führt, als bestätigt an.⁴²

In der formalen Logik ist der Widerspruch die völlige Negation einer Aussage, sie behauptet das Gegenteil der in der Ausgangsthese gemachten Aussage. These und ihr Gegenteil können nicht gleichzeitig wahr sein. Mangels zwingender logischer Beweisführungen weicht man in metalogische Argumentationen aus, die aber nicht unbestrittene oder unbestreitbare Tatsachenfeststellungen einander gegenüber stellen, sondern zwei – von unterschiedlichen Interessenlagen – getragene Wertungen. Damit verlässt man aber den Boden der Rationalität. „Naturgemäß verliert die ‚reductio ad absurdum‘ als Beweisverfahren in dem Maße an Stringenz, in dem von formalen auf inhaltliche Gesichtspunkte übergewechselt wird.“⁴³

Insoweit können wir feststellen, dass Argumentationen ‚ad absurdum‘, ‚a fortiori‘, aber auch Größenschlüsse immer das Risiko und die Unschärfe der persönlichen Werteordnung und Wertung des Anwenders in sich bergen. Daher kommt auch die Versuchung, durch plakative Übertreibungen den Gegner zu überrumpeln, ihn gleichsam mit einer Gedankenkeule außer Gefecht zu setzen. Deshalb werden in der Bestreitung gegenteiliger Positionen diese mit dem Negativetikkett des Unmöglichen, des Udenkbaren, des Untragbaren, kurz mit einem generellen Unwerturteil bedacht. Hier dringt aber heimlich die Rhetorik in die juristische Beweisführung. Es mag ein Gemeinplatz sein, aber je schwächer die Argumente sind, desto lauter werden sie vorgetragen.

Auch wenn dies überraschen mag: Celsus, dem wie oben gezeigt, Wieacker ein besonders cholerisches Temperament bescheinigt hat, bedient sich mit seiner aggressiven Wortwahl durchaus rhetorischen Vokabulars. DIETER NÖRR⁴⁴ hat sich umfassend mit der Bewertung der Rechtsordnung durch Juristen, aber auch mit der gesellschaftlichen Beurteilung der Juristen auseinandergesetzt. Beißende Kritik begegnet uns in der Juristenschelte Ciceros in Pro Murena 11,23 ff. Auch wenn diese Kritik in einer Wahlrede verpackt ist und wegen ihres demagogischen Charakters nicht ganz ernst gemeint sein könnte: Würden diese Argumente nicht beim Wahlvolk auf offene Ohren stoßen oder gar Widerwillen auslösen: Cicero ist ein zu schlauer Fuchs, um nicht zu wissen, was das Volk hören will. NÖRR macht im Folgenden deutlich, wie sich vor allem in der rhetorischen Literatur, einschließlich der Institutio Oratoria Quintilians, bei der Qualifizierung juristischer Tätigkeiten „Worte

⁴² EGON SCHNEIDER: *Zivilrechtliche Klausuren und Hausarbeiten*, 1968, S. 50 f.; U. DIEDERICHSEN: ob. Anm. 7 S. 174.

⁴³ U. DIEDERICHSEN: ob. Anm. 7 S. 177.

⁴⁴ D. NÖRR: *Rechtskritik in der römischen Antike* (1974) S. 85 f.

wie: absurdum, ridiculum, ineptiae, stultitia“ häufen. Dies ist das exakt gleiche Vokabular, welches Wieacker (ob. bei Anm.32) für Celsus konstatiert hat. Das lässt aber erkennen, wie sehr gerade bei der parajuristischen Argumentation auch Juristen vor den Niederungen der Rhetorik nicht gefeit sind.

So mag das *argumentum ad absurdum* eine durchaus hilfreiche Denk- und Argumentationsfigur sein. Sie sollte sich aber der Grenzen ihrer rationalen Nachvollziehbarkeit bewusst sein. So könnte *mutatis mutandis* die *regula* des Paulus (54 ed.) D 50, 17, 141 pr. (=D 1, 3, 14) auch für unser Argument gelten:

Quod vero contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias.

VÉGH ZOLTÁN

CUI DENS ABEST ...

(Megjegyzések egy fogatlan érvhez)

(Összefoglalás)

A deductio (reductio) ad absurdum témájához a Digesta-Computer 86 forráshelyet mutat ki. Ebben a listában nem szerepelnek azok a fragmentumok, amelyek explicite nem hivatkoznak valamely érv abszurdítására. Franz Horak a Rationes decidendi című kiváló művében részletesen foglalkozik ezen érvelési technikával és felhívja a figyelmet arra, hogy a pusztán szavakba kapaszkodó interpretáció sokszor tévútra vezet. Ezt a gondolatot fejleszti tovább a jelen tanulmány.

Gellius (NA 4, 2, 12) tárgyalja az eladott foghíjas rabszolga esetét. Az alapos megvizsgálás elmulasztása esetén ez a kellékhiba nem tűnik fel; nyilvánvalóan az eladó sem adott erre nézve garanciát. Kérdés, hogy a fogazat hiányossága feljogosítja-e a vevőt az elállás mint szavatossági igény gyakorlására. Az aedilis curulis edictuma a rabszolga betegségét (morbus) kellékhibának tekinti. Caelius Sabinus szerint az a betegség releváns, amely a rabszolga munkaképességét negatívan befolyásolja.

Labeo viszont arra hivatkozik, hogy sok embernek hiányos a fogazata; így például abszurd lenne azt állítani, hogy az ember nem egészségesen jön a világra, mert a csecsemőnek még tudvalevőleg nincsenek fogai.

A tanulmány a híres abszurdítás-érvből kiindulva azt vizsgálja, hogy a jogtudomány módszertana a hasonló érvelési technikákat hogyan értékeli.

ANDREAS WACKE

Die Zwecke von Buße und Kriminalstrafe nach römischen Rechtsquellen^{*}

I. Philosophische Grundlagen

1. „Strafe muss sein“, heißt es im Volksmund.¹ Der nachdenkliche Jurist fragt genauer: Warum oder wozu muss Strafe sein? Das „warum“ richtet sich retrospektiv auf die begangene Missetat und bezweckt deren Sühne, Vergeltung. Mit dem „wozu“ richtet man hingegen den Blick in die Zukunft: um den Täter zu bessern, um andere von ähnlich bösem Tun abzuschrecken. Damit hätten wir – auf eine synthetische Kurzformel gebracht – schon die drei wichtigsten Antworten beisammen, nämlich die Theorien: 1. von der Vergeltung, 2. von der Erziehung zum Besseren oder der Resozialisierung (der Verhinderung eines Rückfalls), 3. von der Abschreckung, der Generalprävention.²

Die Frage nach den Strafzwecken gehört zu jenen Grundlagenthemen, welche die Zeiten (und damit auch die Geltung einzelner Strafgesetze)

^{*} Interesse am römischen Strafrecht bekundete mein verehrter Freund Imre Molnár besonders mit seinem Beitrag von 1998 über „Grundprinzipien des römischen Strafrechts“. Den Aufgaben der Lehre widmete sich unser Jubilar aufopferungsvoll weit über die derzeit in Deutschland übliche Altersgrenze hinaus. Für die kommenden Jahre sei ihm von Herzen Gesundheit gewünscht und die wohlverdiente Muße gegönnt, auf dass er sich mit Freuden weiteren Studien widmen kann. – Wegen des einschlägigen und weiterführenden Schrifttums sei auf den Anhang verwiesen. – Zu einer Untersuchung der Strafzwecke nach Ansicht der Römer wurde ich angeregt durch meine Beschäftigung mit dem Unfall beim Prellen (s. unten VI 2). Die in Collatio 1,11,3 angegebene Begründung *ut ceteri eiusdem aetatis iuvenes emendarentur* verlockte dazu, die Frage an Hand weiterer Quellen zusammenhängend zu erforschen.

¹ L. RÖHRICH: *Lexikon der sprichwörtlichen Redensarten* (2. Aufl. 1995) s.v. Strafe.

² Zum Theorienstreit um den Zweck der Strafe s. den guten Überblick bei J. BAUMANN/U. WEBER/W. MITSCH: *Strafrecht Allgemeiner Teil* (10. Aufl. 1995) § 3 Randnr. 24 ff. mit Lit.; ergänzend etwa H. KORIATH: *Über Vereinigungstheorien als Rechtfertigung staatlicher Strafe*. Jura 1995, 625 ff.; CL. ROXIN: Wandlungen der Strafzwecklehre. in: *Grundfragen staatlichen Strafens*. Festschrift H. Müller-Dietz (München 2001) 701 ff. – Ein entwicklungsgeschichtlicher Gesamtüberblick bei W. NAUCKE, Art. Straftheorie, Strafzweck, Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte [HRG] V (1998) 1-6 m. reicher Lit.

überdauern. Maßgebliche Antworten lieferten darauf bereits die griechischen Philosophen.³ Aus der römischen Antike stammen unsere beiden wichtigsten nichtjuristischen Quellen von Seneca und Gellius; beide berufen sich ausdrücklich auf Platon.

Nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur, lautet ein markanter Ausspruch Senecas, den er auf Platon zurückführt.⁴ Zur Begründung fügte Seneca hinzu: Vergangenes sei unabänderlich geschehen, künftigen Ereignissen aber könne man zuvorkommen. Mit dem weisen Bonmot trat Seneca offenbar einer landläufigen älteren Vorstellung entgegen, alleiniger Zweck der Strafe sei die Vergeltung. Der Gegensatz zwischen retrospektiver und prospektiver Sicht scheint uns darin jedoch auf übertriebene Weise zugespitzt.⁵ *Nemo prudens punit, quia peccatum est*: soll Vergeltung für begangenes Unrecht ganz und gar unvernünftig sein? Das kann Seneca nicht gemeint haben, denn die Rache hat in seinem rechtsphilosophischen Denken durchaus ihren Platz.⁶ Vernünftiger ist es aber, auch das Ziel ins Auge zu fassen, was Strafen künftig bewirken könne; darauf ist vielleicht sogar das Schwergewicht zu legen. Das Passiv *ne peccetur* schließt beide Arten künftiger Tatbegehung ein: durch den erstbestraften Täter selber (Besserung, Rückfallverhinderung) und durch bislang nicht straffällig gewordene andere (Generalprävention). Statt allzu antithetischer Zuspitzung dürfte in der Verbindung beider Strafzwecke (im Sinne eines „nicht nur..., sondern [vor allem] auch) die angemessene Deutung liegen. In seinem Traktat über den Zorn

³ Ihre Ideen interessieren im folgenden nur insoweit, als sie die römischen Juristen beeinflussen haben könnten. Ein knapper Überblick bei T. J. SAUNDERS, Art. „Punishment, Greek theories about“, in: S. Hornblower/A. Spawforth, *The Oxford Classical Dictionary* (3. ed. 1996) 1279 f. m. Lit. Siehe ebenda S. 1278 f. auch A. W. LINTOTT: Art. „Punishment, Greek and Roman practice“.

⁴ Lucius Annaeus Seneca d. J. (gest. 65 n. Chr.), *De ira* 1,16,21 = 1,19,7, auch 2,31,8, unter Berufung auf Platon, Nomoi 11,12 (gegen Ende). Über den Sinn des Strafens eingehend Y. BONGERT: *La philosophie pénale chez Sénèque*. in: O. DILIBERTO 1993, 95–120, bes. S. 108 ff. über Prävention (Besserung, amendement), Abschreckung (exemplarité), Beseitigung (élimination) des Verbrechers, Vergeltung (rétribution), Rache (vengeance), Bestrafung des bösen Willens. Die Zitate aus Seneca bringt BONGERT allerdings nicht im lateinischen Original, sondern konsequent nur in französischer Übersetzung. Das berühmte Seneca-Zitat steht ins Französische übersetzt auf S. 109. – HUGO GROTIUS (u. Fn. 37) § IV 1 zitiert Senecas Ausspruch unter namentlicher Anführung. Von Grotius selber stammt er entgenen JESCHECK/WEIGEND: *Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil* (5. Aufl. 1996) § 8 II 1 jedoch nicht.

⁵ Ebenso V. SØRENSEN: *Seneca: Ein Humanist an Neros Hof* (München 1985) 93 ff. (zu *De ira*), 97 im Anschluss an ALF ROSS. Noch schärfer NAGLER 139 f.: „nur vermeintlich weise, im Grunde nichtssagend“. Die Worte seien „zur Glaubensformel aller Relativisten geworden, die mit ihrer feingeschliffenen Antithese jeden Widerspruch wuchtig niederschlagen soll. Selten ist wohl ein Ausspruch so unverdienter Ehren teilhaftig geworden wie dieser: das Herausreißen aus dem Zusammenhang hat seine innere Schwäche bemäntelt.“

⁶ BONGERT: 115 ff.; unter Hinweis auf J. BRISSET: *Le stoïcisme et la vengeance*, *RHD* 58 (1980) 57, zu Seneca, *De ira* S. 64 ff.; G. COURTOIS: *Le sens et la valeur de la vengeance chez Aristote et Sénèque*. in: Verdier/Poly (Hrsg.), *La vengeance III* (Paris 1984) 111 ff. (*non vidi*).

Die Zwecke von Buße und Kriminalstrafe nach römischen Rechtsquellen – 415

ermahnt Seneca folglich dazu, nicht aus Entrüstung über die begangene Missetat scharf zu verurteilen, sondern die Strafe leidenschaftslos im Hinblick auf deren Wirkung für die Zukunft gerecht zu bemessen.⁷ Den „Strafe im Zorn kennt weder Maß noch Ziel“.⁸

2. Gut ein Jahrhundert später weiß Gellius ausführlich über drei Gründe für die Bestrafung von Vergehen zu berichten. Ich zitiere seine Ausführungen auszugsweise in eigener, möglichst sinngetreuer Übersetzung:⁹

„Der erste Grund, auf griechisch *kólasís* (Züchtigung) oder *nouthesia* (Ermahnung) genannt, dient der Züchtigung und Besserung (*castigandi atque emendi gratia*), wenn jemand aus Unvorsichtigkeit fehlte (*qui fortuito delinquit*),¹⁰ [damit er sich künftig] aufmerksamer und besser (*attentior correctiorque*) verhalte. Den zweiten Grund nennen diejenigen, welche auf sorgfältige Unterscheidung der Wörter Wert legen, *timoría* (Rache). Dieser Grund zur Ahndung ist gegeben, wenn Würde und Ansehen des geschmähten Opfers zu schützen sind, damit nicht [etwa] unterlassene Ahndung ihm Geringschätzung eintrage und sein Ansehen schädige; daher leitet sich diese Bezeichnung, so meint man, von „Erhaltung der Ehre“ (*timès*) ab. Der dritte Grund zur Verfolgung, von den Griechen *parádeigma* (warnendes Vorbild) genannt, ist vorhanden, wenn eine Büßung zum (abschreckenden) Beispiel erforderlich ist, damit die Übrigen von ähnlichen Verfehlungen, die es im öffentlichen Interesse zu verhindern gilt, aus Furcht vor der drohenden Strafe abgeschreckt werden. Daher bezeichneten auch unsere Vorfahren die schlimmsten und schwersten Strafen als ‚*exempla*‘.“¹¹...

⁷ Aus dem „ungeordneten Durcheinander“ in Senecas Traktat zieht NAGLER 140 die zutreffende Konklusion, „dass ein zornschäumender Richter zu unparteiischem Urteil unfähig ist.“... Aber: „Die Beziehung der Strafe zur Vergangenheit ist ganz auf die Zornreaktion hinausgespielt, die Besonnenheit dagegen ebenso einseitig auf Zukunftserwägungen gestellt... Mit der verbissenen, zornwütigen Rache und der abgeklärten Zukunftssorge werden nur die äußersten Extreme getroffen.“

⁸ K. F. W. WANDER: *Deutsches Sprichwörter-Lexikon III* (Leipzig 1867/Augsburg 1987) IV s. v. Strafe Nr. 26.

⁹ Aulus Gellius, *Noctes Atticae* (ca. 170-180 n. Chr.) 7,14,1-9. Eine ältere deutsche Übersetzung verfasste F. WEISS (1875, Neudr. 1975), eine englische J. C. ROLFE (1927, reprint 1982). Den hier interessierenden Passus würdigt ausführlich DILIBERTO 1993 (zusammenfassend 170 f.). Eingehende Gesamtwürdigung des Gellius mit überreichen Lit.-Hinw. von K. SALLMANN/P. L. SCHMIDT in: R. Herzog/P. L. Schmidt/K. Sallmann (Hrsg.), *Handbuch der lateinischen Literatur der Antike IV* (München 1997) 68-77.

¹⁰ *Fortuito* oder *casu delinquere* bedeutet im römischen Strafrecht ‘aus Versehen’, wie in Marcian D. 48,19,11,2: *Delinquitur aut proposito aut impetu aut casu*; LIEBS, Lat. Rechtsregeln Nr. D 25. Zum unterschiedlichen Begriff *casus* im Strafrecht und im privaten Haftungsrecht s. WACKE 1979, MUCIACCIA 1980.

¹¹ Hiernach später italienisch ‚scempio‘: unten Fn. 184. Vgl. HILDG. KORNHARDT: *Exemplum: Eine bedeutungsgeschichtliche Studie* (Diss. phil. Göttingen 1936), zu Strafexemplen S. 35 ff., 88 ff.; zum Einfluss des griechischen Wortes *paradeigma* auf das lateinische *exemplum* S. 62 ff. Die Rechtsquellen zu *exemplum* zieht KORNHARDT allerdings nur spärlich heran, was KRELLER,

„Diese drei Bestrafungsgründe [so fährt Gellius fort] finden sich mehrfach auch bei anderen Philosophen; auch unser Taurus hinterließ sie schriftlich im ersten Buch seiner Erläuterungen zu Platos Gorgias. Plato selbst nennt jedoch mit deutlichen Worten ausdrücklich bloß zwei Gründe zum Strafen: einen, den wir an erste Stelle setzten, zwecks Erziehung, und den anderen, an dritter Stelle genannten, aus Furcht vor exemplarischer Bestrafung...“

Kommentar: Gellius benutzt griechische Fachausdrücke ohne Nennung lateinischer Äquivalente. Beim dritten Strafzweck, der exemplarischen Bestrafung zwecks Abschreckung, fährt er fort: „Deshalb verwendeten auch unsere Vorfahren den Ausdruck *exempla* für die härtesten Strafen.“ Später beruft er sich noch auf ungenannte „andere Philosophen“, speziell auf den Kommentar „unseres Taurus“ zu Platons Gorgias; schließlich kommt Platon (insoweit hier nicht wiedergegeben) im griechischen Original persönlich zu Wort. Römische Philosophen oder Juristen werden hingegen namentlich nicht genannt, auch nicht Seneca. Hieraus ist zu schließen, dass Gellius vorwiegend über philosophisches Gedankengut aus Griechenland referiert. Die von ihm genannten Kategorien sind mit den uns heute vertrauten und eingangs erwähnten auch nicht deckungsgleich. An erster Stelle steht merkwürdigerweise sowohl die Züchtigung des Fahrlässigkeitstäters als auch seine Erziehung zum Besseren. Der zweite Grund ist eigentümlicherweise um die Wiederherstellung der Ehre des geschmähten Opfers bemüht – wiederum ein Spezialfall. An dritter Stelle wird endlich die strenge exemplarische Bestrafung zwecks Abschreckung erwähnt. Die reine Vergeltung für begangenes Unrecht fehlt jedoch in dieser Trias; Gellius scheint nur „Zweckstrafen“ zu kennen. In einem hier nicht übersetzten Textteil nennt Gellius denn auch Fälle, in denen ihm die Auferlegung einer Strafe (vor allem wegen anderweitiger oder aber wegen unmöglicher Zweckerreichung) als unpassend erscheint, nämlich 1. wenn große Hoffnung darauf besteht, dass der Täter auch ohne Bestrafung sich von selbst bessert, 2. wenn umgekehrt keinerlei Aussicht besteht, ihn zu bessern und zu vervollkommen, 3. wenn eine Ehrenminderung des Geschmähten überhaupt nicht zu befürchten ist, schließlich 4. wenn das Vergehen seiner Art nach keine exemplarische Bestrafung zwecks Abschreckung erheischt.¹² Im zweiten der genannten Beispiele hätte jedoch die Unschädlichmachung des unverbesserlichen Gewohnheitsverbrechers nicht unerwähnt bleiben dürfen.

Weshalb Platon den zweiten von Gellius genannten Strafzweck (Schutz der Würde des Opfers) nicht erwähnt, lässt Gellius im (hier ebenfalls nicht wiedergegebenen) Fortgang seines Berichts ausdrücklich dahingestellt. Auf die

SZ 57 (1937) 532 mit Recht bedauert. Vgl. KASER (u. Fn. 183). Weit. Hinw. u. Fn. 116.

¹² Man denke an einen abergläubischen (untauglichen) Versuch. – Sehr kritisch gegenüber den zuletzt genannten Konsequenzen NAGLER 141: Spekulationen, ja Hirngespinnste ohne Bezug auf das positive römische Recht.

wiedergegebenen) Fortgang seines Berichts ausdrücklich dahingestellt. Auf die reine Vergeltungsstrafe kommt Platon im von Gellius wörtlich zitierten Passus nicht zu sprechen. Die rechte Art zu strafen liegt nach Platon in dem Nutzen, entweder für den Bestraften selber (zu seiner Besserung), oder für die Übrigen, indem sie durch den Anblick des ihm zugefügten Leids Furcht bekommen.

II. Stand der Forschung. Plan der Darstellung

1. Nach diesem Referat über die wichtigsten literarischen Quellen aus Seneca und Gellius wissen wir noch nichts über die Ansichten der römischen Juristen über Sinn und Zweck des Strafens. Sucht man Belehrung in THEODOR MOMMSENS maßgeblichem, auch nach einhundert Jahren nicht übertroffenen Handbuch zum römischen Strafrecht, so klappt man es nach der Lektüre von über 150 Druckseiten über „Die Strafen“ enttäuscht wieder zu, weil man in den diesbezüglichen zwölf Abschnitten seines Buches zu unserer Grundsatzfrage wenig findet.¹³ Neuere kürzere Gesamtdarstellungen des römischen Strafrechts schweigen ebenfalls hierüber.¹⁴ Nimmt man den neuesten Grundriss der Strafrechtsgeschichte hinzu,¹⁵ so verstärkt sich der Eindruck, dass eine Theorie über die Zwecke der Strafe erst in der Neuzeit entwickelt worden sei.

Es spräche für den praktischen, auf die Fall-Lösung konzentrierten Sinn der römischen Juristen, wenn sie theoretische Erörterungen über Sinn und Zweck der Strafe gemieden hätten. Angesichts des intensiven Kulturaustausches im östlichen Mittelmeer müsste es jedoch verwundern, wenn nicht wenigstens ein Abglanz vom Gedankengut der griechischen Philosophen sich in den römischen Rechtsquellen wiederfände.

Die Forschungen über philosophische Einflüsse auf die Rechtsordnung der Römer sind noch längst nicht abgeschlossen.¹⁶ Im Strafrecht liegen solche Verbindungen besonders nahe. Sie bildeten auch das Generalthema eines vom nachmaligen italienischen Justizminister OLIVIERO DILIBERTO

¹³ TH. MOMMSEN: *Römisches Strafrecht* (Leipzig 1899, Neudr. Darmstadt 1961) 897–1049. Vor Mommsen äußerten sich ausführlich zu unserem Thema W. REIN 1844 und bezogen auf die Vergeltung L. GÜNTHER 1889. Beide führen auch reichlich Literatur an. MOMMSEN zitiert hingegen ausschließlich Quellen.

¹⁴ BRASIELLO 1937; ROBINSON 1995; SANTALUCIA 1998.

¹⁵ H. RÜPING/G. JEROUSCHEK: *Grundriß der Strafrechtsgeschichte* (4. Aufl. München 2002) S. 73 ff., 91 f. zu den rechtsphilosophischen Begründungen der Strafzwecke, mit umfassenden Lit.-Nachw.

¹⁶ Einen Überblick über einen wichtigen privatrechtlichen Bereich gibt M. J. SCHERMAIER: *Materia: Beiträge zur Frage der Naturphilosophie im klassischen römischen Recht* (Wien/Köln 1992) Kap. 3 S. 35 ff., *passim*. Mit großem Einfluss griechischer Philosophie rechnet OKKO BEHREND in zahlreichen Abhandlungen, zuletzt etwa „Gesetz und Sprache. Das römische Gesetz unter dem Einfluß der hellenistischen Philosophie“, in: O. Behrends/W. Sellert (Hrsg.), *Nomos und Gesetz* (Göttingen 1995) 135–249.

herausgegebenen Sammelbandes.¹⁷ Andererseits wurde schon längst bemerkt, dass die römischen Juristen ihre Aufmerksamkeit erst relativ spät der wissenschaftlichen Bearbeitung des Strafrechts zuwandten.¹⁸ Im Kriminalrecht erreichten sie darum nicht ganz den von ihnen im Privatrecht gewohnten hohen Standard. Als Grund für ihre anfängliche Zurückhaltung dürfte eine Rolle gespielt haben, dass hier auf die jeweiligen politischen Herrschaftsverhältnisse Rücksicht genommen werden musste. Zumal im uns interessierenden Bereich der Allgemeinen Lehren erscheint das römische Strafrecht als unterentwickelt. (Aber auch im Privatrecht war die Herausbildung genereller Prinzipien nicht gerade die besondere Stärke der Römer). Am auffälligsten ist wohl das Fehlen einer konsequenten Lehre vom Versuch der Straftat.¹⁹ Andererseits ist philosophisches Gedankengut beispielsweise bei der Behandlung des Selbstmords mit Händen zu greifen.²⁰

2. Die dem Zweck der römischen Kriminalstrafe gewidmeten, relativ verstreuten Abhandlungen sind bald aufgezählt.²¹ Im gleichen Jahr 1899, als Mommsens monumentales Römisches Strafrecht erschien, verfasste F. BUONAMICI einen Aufsatz über den Begriff der Strafe im justinianischen Recht. Gleichzeitig äußerte sich C. FERRINI dazu einleitend zu seinem allgemeinen Teil des römischen Strafrechts. 1918 widmete der Kriminalist

¹⁷ DILIBERTO 1993.

¹⁸ Als erste Einführung noch immer beachtlich M. KASER, Römische Rechtsgeschichte (2. Aufl. Göttingen 1967) § 29. Zur Frühzeit auch DULCEIT/SCHWARZ/WALDSTEIN: *Römische Rechtsgeschichte* (9. Aufl. 1995) § 12 (m. weit. Lit.).

¹⁹ Dazu GENIN 1968; SPERANDIO 1998. Zum untauglichen Versuch WACKE 1995; dort weit. Lit. S. 594 Fn. 5. Zum Rücktritt unten Fn. 155. Ohne Schadenszufügung durch ein vollendetes Delikt konnte im Privatprozess kein Geschädigter als Kläger auftreten. Im öffentlichen Kriminalprozess hätte ein konsequentes Willensstrafrecht – vom Strafzweck her argumentierend – zur eigenständigen Bestrafung des Versuchs gelangen können. Dazu kam es nicht. Behindert wurde eine präzise dogmatische Erfassung der versuchten Straftat durch die weite Fassung des unter Sulla erlassenen Gesetzes gegen „Meuchelmörder und Giftmischer“ (*Lex Cornelia de sicariis et veneficis*), worin diverse Vorbereitungshandlungen wie das Herumschleichen mit einer Waffe (*cum telo ambulare*) oder die Giftzubereitung dem vollendeten Totschlag gleichgestellt waren. Im Bestreben, einen weiten Bereich von Tötungstatbeständen abzudecken, ist die *lex Cornelia* erschließbaren Vorgängernormen vergleichbar, welche eher als Polizeigesetze gegen das Gangster-Unwesen konzipiert waren; s. D. NÖRR, *Causa mortis* (München 1986) 86 ff., 88 f. – Eine Beurteilung der römischen Lehre von der (mittelbaren) Täterschaft und der Teilnahme dürfte günstiger ausfallen.

²⁰ WACKE 1980 S. 45 ff., 59 f., 70 f., 76 f. In D. 28,3,6,7 erwähnt Ulpian den aus Ruhmessucht, um aufzufallen (*iactatione*) verübten Selbstmord „einiger Philosophen“ (*quidam philosophi*); dazu WACKE S. 60; zu Unrecht für interpoliert erklärt von A. GUARINO: *Iusculum iuris* (Napoli 1985) 237 ff.; DERS., *Trucioli di bottega* 11 (Napoli 2004) 15 ff. (Das letztgenannte Werk ist angezeigt von WACKE, OIR 9, 2004).

²¹ Einzelnachweise im bibliographischen Anhang. – Die rechtspolitischen Begründungen für vergeltende und abschreckende Strafen in der unter Hadrian heranreifenden Rechtsordnung behandelt auch F. CASAVOLA, ANRW II 15 (1976) 145–150, überwiegend gestützt auf andere als die hier behandelten Quellen.

JOH. NAGLER ein Kapitel seines umfangreichen Werkes über die Strafe auch dem römischen Strafbegriff. Im späteren romanistischen Schrifttum wurden NAGLERS oftmals originelle Ausführungen jedoch soweit ersichtlich nicht rezipiert.²² Erst Jahrzehnte später, nämlich 1948, widmete FRANCESCO DE ROBERTIS unserem Thema eine längere Studie. BIONDO BIONDI führte bald darauf in seiner Trilogie „Il diritto romano cristiano“ (1954) die Besserungsfunktion der Strafe auf christlichen Einfluss in der späteren Kaiserzeit zurück. Um 1970 wandte sich CARLO GIOFFREDI dem Thema dann erneut zu. 1989 griff ANDREA LOVATO den Besserungsgedanken als Strafzweck (unter mehreren) heraus. Um 1990 gibt MICHEL HUMBERT einen soliden zusammenfassenden Überblick über die Strafe (und ihre Zwecke) im römischen Recht. Zwei bald darauf erschienene Abhandlungen von OLIVIERO DILIBERTO betrachten besonders den (bereits dargestellten) längeren Bericht des Aulus Gellius über die Ansichten antiker Philosophen im Spiegel römischer Rechtsquellen.²³ Die im Justinians Novellen hervortretenden Ansichten über die Strafzwecke analysierten schließlich FRANCESCO SITZIA (1990) und ROBERTO BONINI (1993).

Die Ergebnisse der bisherigen Autoren unterscheiden sich nicht grundlegend, sondern nur in der Bewertung des Verhältnisses verschiedener Strafzwecke zueinander. Nach BUONAMICIS zugespitzter These (S. 195) stand die Abschreckung für die Römer ganz im Vordergrund. Nach der Gegenthese von NAGLER (der BUONAMICIS entlegene Studie nicht kannte) zielte die römische Strafe hingegen primär auf Vergeltung (auf „objektive Genugtuung“) ab (S. 143 ff.); Präventionswirkungen (sowohl generelle als auch der speziell auf den Täter abstellende Besserungsgedanke) seien bloß untergeordnete Nebenzwecke gewesen (NAGLER S. 148 ff.). Nach HUMBERT war das Strafrecht der archaischen Periode vom Vergeltungsgedanken beherrscht (S. 137 ff.). Ihn habe man in der klassischen Epoche beibehalten, unter dem Einfluss philosophischer Strömungen jedoch angereichert.

3. Meine Aufgabe soll im folgenden die (im bisherigen Schrifttum vernachlässigte) exegetische Auswertung der quellenmäßig überlieferten Kasuistik sein. Es genügt nämlich nicht, den Quellen entnommene kurze Kernsätze aneinander zu reihen (womit die genannten Autoren sich zumeist

²² Das ist zu bedauern. Denn NAGLER stellt zwar die Quellen (ebenso wie BUONAMICIS noch im Stile der zu Ende gegangenen Pandektistik) auf unhistorische Weise zusammen. Zu ihnen bringt NAGLER jedoch zahlreiche engagierte Stellungnahmen und wichtige Einzelbeobachtungen. Den Hinweis auf Naglers unter den Entbehrungen (auch an wissenschaftlicher Literatur) des Ersten Weltkriegs entstandenes Opus magnum über die ganze Dogmengeschichte der Strafe verdanke ich HEINZ HOLZHAUER (Münster).

²³ Aus der gründlichen Untersuchung von MICHÈLE DUCOS über den Einfluss der griechischen Philosophie auf die römische Republik (1984) ist besonders auf den 3. Teil hinzuweisen: *Répression et éducation*. Die uns interessierenden kaiserzeitlichen Rechtsquellen lässt Ducos jedoch fast ganz außer Betracht.

begnügten). Um ein anschauliches Bild zu gewinnen, müssen solche Motivationen im Zusammenhang der jeweiligen Sachverhalte interpretiert werden. Es bietet sich an, sie in die drei wichtigsten Strafzwecke Vergeltung, Abschreckung und Besserung einzuteilen und in dieser Reihenfolge zu betrachten (unten IV-VI). Dazu gehört schließlich viertens noch ein kurzer Blick auf die Genugtuungsfunktion der Strafe (unten VII). Uns interessiert vor allem, inwieweit bei der Entscheidung einzelner Fälle mit dem Strafzweck argumentiert wurde (dazu bes. unten V 2-3, 5 und VII). Außerdem sollten (deutlicher als bisher geschehen) die einzelnen Arten von Strafen voneinander unterschieden werden.

III. Privatrecht und Kriminalrecht

Eine generelle Vorbemerkung ist noch vonnöten bezüglich der Reichweite des staatlichen Kriminalrechts. Die Zahl der von Amts wegen verfolgten Verbrechenstypen war beachtlich kleiner als heutzutage. Gegen die Persönlichkeit und ihr Vermögen gerichtete Angriffe musste der Verletzte im Privatprozess verfolgen. Dazu gehörten die Verletzung der Ehre und des guten Rufes (*iniuria*), Diebstahl und Unterschlagung (*furtum*), Betrug (*dolus malus*), sogar Raub (*rapina*) und Erpressung (*metus*). Bei diesen als *delicta privata* bezeichneten Vergehen²⁴ erhielt der klageberechtigte Verletzte die Deliktsbuße (*poena*) zugesprochen: oft das Doppelte, zuweilen das Vierfache des zugefügten Schadens (sog. Multiplarstrafen). Im Zusammenhang mit der auf das Einfache gerichteten Buße nach der *lex Aquilia* wegen Sachbeschädigung (einschließlich Sklaventötung und -verletzung) entwickelten die Juristen noch heute gültige Lehren über die Rechtfertigungsgründe Notwehr und Notstand.²⁵ Mord war mit staatlicher Kriminalstrafe bedroht, aber auch dort oblag die Anklage primär einem Angehörigen der Sippe des Getöteten.²⁶ Zumal in der späteren Antike führten manche Vergehen sowohl zu privater Deliktsbuße als auch zu staatlicher Kriminalstrafe; beide Sanktionen waren sogar kumulierbar.²⁷

²⁴ Geregelt im 47. Buch der Digesten mit 746 Paragraphen. Nimmt man die über *metus*, *dolus* und zur *lex Aquilia* überlieferten Paragraphen hinzu, so ergeben sich 1164: weitaus mehr zu Privatedikten als die im 49. Buch über die *crimina publica* erhaltenen Paragraphen.

²⁵ Dazu WACKE, SZ 106 (1989) 469-501.

²⁶ Ein Sohn, der den gewaltsamen Tod seines Vaters durch Anklage nicht rächte, verwirkte sein Erbrecht; z. B. D. 29,5,15,1-2. Vgl. unten VII. Lit.: G. I. LUZZATTO: Sull'obbligo degli eredi di vendicare l'uccisione dell'ereditando, *Studi Ratti* (Milano 1934) 543 ff.; YAN THOMAS, Sich rächen auf dem Forum, 1996.

²⁷ Gratian CTh. 9,20 = CJ. 9,31 (378 n. Chr.): ...*nec, si civiliter fuerit actum, criminalem posse consumi*...; D. LIEBS: *Die Klagenkonsumption im römischen Recht* (Göttingen 1962) 266 ff. – Bezüglich der vorsätzlichen Sklaventötung behandelt die Konkurrenz von privater Deliktshaftung und krimineller Strafverfolgung eingehend M. MIGLIETTA: *Servus dolo occisus* (Napoli 2001). – Zur Entwicklungsgeschichte des Verbots doppelter Strafverfolgung (*ne bis in*

Von dieser Doppelspurigkeit privater und kriminalrechtlicher Verbrechensverfolgung²⁸ bis zum Strafmonopol des Staates war es ein langer Weg.²⁹ Für bestimmte (qualifizierte) Begehungsformen des Diebstahls kommt neben der privaten *actio furti* seit der Spätclassik die kriminalrechtliche Verfolgung auf,³⁰ welche die zivilrechtliche letztlich verdrängt. Heute wird für Warenhausdiebstähle darüber nachgedacht, die Entwicklung zurückzudrehen und zu einer Art privater Bußklage zurückzukehren.

Auf die Zwecke der Strafe berufen sich die Juristen häufiger bei den *crimina publica*. Als Argument angeführt wird der Strafzweck hingegen öfters bei den *delicta privata*.³¹ Private Bußklagen werden wir darum in unsere Betrachtungen soweit erforderlich einbeziehen. Verglichen mit den 901 Paragraphen im Digestentitel 48 über die im öffentlichen Strafprozess anzuklagenden Verbrechen ist die Anzahl der sich zum Strafzweck äußernden Fragmente (etwas mehr als ein Dutzend), die wir im folgenden betrachten werden, eher gering.

IV. Der Vergeltungsgedanke

„Die Vergeltungsfunktion ist die älteste und in früheren Zeiten allein ins Auge gefasste.“³² Dass sich das römische Strafrecht auf dem Vergeltungsprinzip aufbaute, ist seit langem nahezu unbestritten.³³ Im altrömischen Recht verfiel der Frevler als *homo sacer* der göttlichen Rache.³⁴ Nach den Zwölftafeln galt

idem) P. LANDAU, ZRG kan. Abt. 87 (1970) 124–156.

²⁸ Zum Unterschied zwischen *civiliter* und *criminaliter agere* s. L. VACCA: Azioni penali ex delicto, in: *Diliberto* 1993, 195–217. Die verschiedenen Bezeichnungen *crimen* und *delictum* decken sich nicht mit kriminellem und zivilem Unrecht.

²⁹ Zur Entstehung des staatlichen Strafanspruchs (sog. *ius puniendi*) überblicksweise H. HÜBNER 1985/1997. – Vom subjektiven *ius puniendi* (Strafgewalt) unterscheidet man das *ius poenale* („peinliches“ Recht, die Strafnormen im objektiven Sinne), s. J. BAUMANN/U. WEBER/W. MITSCH (o. Fn. 2) § 3 Rz. 3. Beide Begriffe kommen in den antiken Quellen nicht vor: J. G. FUCHS 1959, 27. Eine dritte Disziplin des Strafrechts neben den beiden anerkannten Kategorien *ius publicum* und *ius privatum* hat die römische Schuljurisprudenz nicht gebildet. Damit ist vereinbar, dass spätklassische Juristen eine beachtliche Anzahl von speziell dem Strafrecht gewidmeten Monographien verfassten.

³⁰ M. KASER: *Das römische Privatrecht* II (2. Aufl. 1975) 433 f.; weit Hinw. bei WACKE 1995, 599 Fn. 31.

³¹ Zwischen *crimen* und *delictum* wird begrifflich in den Rechtsquellen aber nicht scharf unterschieden; anders ALBERTARIO, *Delictum e crimen*, in: ALBERTARIO, *Studi di diritto romano III* (Milano 1936) 143–208; dag. krit. KASER, RP I² 609 Fn. 2.

³² J. BAUMANN/U. WEBER/W. MITSCH (o. Fn. 2) Randnr. 52.

³³ S. etwa DE ROBERTIS 1987, 8 ff. Ältere Nachweise bei NAGLER 148 Fn. 1.

³⁴ M. KASER: *Das altrömische Ius* (Göttingen 1949) 42 ff.; CANTARELLA 1991, 296 ff.; R. FIORI: *Homo sacer. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa* (Napoli 1996).

für Körperverletzungen das Talionsprinzip.³⁵ Ulpian D. 50,16,131pr. definierte die *poena* als *noxae vindicta*, d. h. als Rache für die schädigende Handlung.³⁶ Gleiche Bedeutung hat z. B. der Ausdruck *ulcisci*, *ultio* ‚Rache‘ (vgl. u. Fn. 207).

In der Neuzeit definierte HUGO GROTIUS (1583-1645) die Strafe als ein *malum passionis quod infligitur ob malum actionis*:³⁷ ein fast so berühmtes Wort wie das einleitend von Seneca zitierte. Vom Vergeltungsprinzip ging damit auch Grotius aus, jedoch in weitaus milderem Sinne als später Kant und Hegel. Nach Grotius muss die Strafe nämlich immer zugleich auch Nutzen bringen. Oberste naturrechtliche Aufgabe des Strafens ist nach ihm die Besserung des Täters und die Warnung an andere Menschen; ihnen soll verdeutlicht werden, dass das Erleiden der Strafe den Nutzen eines Verbrechens überwiegt. – Dass noch unser Wort „Strafe“ etwas mit „Leiden“ zu tun hat,³⁸ würde besonders einleuchten, wenn sich eine etymologische Verwandtschaft mit „Strapaze“ nachweisen ließe.³⁹

V. Der Abschreckungsgedanke

1. Der Abschreckungsgedanke als Strafzweck begegnet in den römischen Rechtsquellen relativ häufig. Die einschlägigen Text mit *deterreere* werden wir alsbald vorführen.⁴⁰ „Aus Furcht vor Strafe“ (*metu poenae*) ist dafür eine

³⁵ Gaius 3,223 = Inst. 4,4,7. Ansonsten kommt das Wort *talio* samt Derivaten merkwürdigerweise in den römischen Rechtsquellen nicht vor. In der Spätantike wird das Talionsprinzip wiederbelebt, s. u. IX 10, Fn. 205, auch Fn. 84. Zahlreiche das Talionsprinzip ausdrückende deutsche Rechtssprichwörter bringen E. GRAF/M. DIETHERR: *Deutsche Rechtssprichwörter* (1869/1979) 336 ff., z. B. Leib für Leib, Glied für Glied, Blut für Blut, Bahre gegen Bahre.

³⁶ Nach NAGLER 144 f. die einzige, berühmte und zugleich programmatische römische Definition der Strafe, von bedeutendem Einfluss auf späteres kirchliches und weltliches Recht; von BARTOLUS auch *vindicta publica* genannt. Zur Etymologie von *vindicta* etwa Günther I 6 Fn. 9.

³⁷ GROTIUS, zu Beginn seines ausgedehnten Kapitels *De poenis*, in: *De jure belli ac pacis*, Liber II Caput XX § 1 1. Benutze Ausgabe mit Kommentar beider *Cocceii* tom. III (Lausanne 1759). Dazu G. SIMSON: *Hugo Grotius und die Funktion der Strafe*. Festschr. G. Blau (1985) 651 ff.

³⁸ Insbesondere soweit (wie die Körperstrafen) mit Schmerzen verbunden, vgl. unten Fn. 194.

³⁹ CHR. GELLINEK: Was heißt strafen?, *ZRG germ. Abt.* 118 (2001) 385 f. Weit Hinw. bei F. KLUGE/E. SEEBOLD, *Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache* (23. Aufl. Berlin 1999) s. v.

⁴⁰ Callistrat D. 48,19,28,15: *ut conspectu deterreantur alii ab isdem facinoribus*; Ulpian D. 48,19,6,1: *ut exemplo deterriti minus delinquant*; Tryphonin D. 16,3,31pr.: *ut exemplo aliis ad deterrenda maleficia sit*; Diokletian C. 9,20,7,1: *ut poenae genere deterri ceteri possint*. – „Eingeschüchtert“ bedeutet *deterritus* hingegen in D. 43,24,1,11 (*armis forte*); D. 43,16,3,6; D. 4,6,2,1 (*supervacua timore deterriti*).

Die Zwecke von Buße und Kriminalstrafe nach römischen Rechtsquellen – 423

gleichbedeutende, fast feststehende Ausdrucksweise.⁴¹ Ein verallgemeinerungs-fähiges Beispiel bietet Ulpian's Ediktslaudation zum Verbot des Prätors, einen vor Gericht Geladenen gewaltsam am Erscheinen zu hindern:⁴² „Dieses Edikt erließ der Prätor, um durch Furcht vor Strafe diejenigen abzuschrecken (*ut metu poenae compesceret eos*), welche vor Gericht Geladene gewaltsam zurückhalten“ (D. 2,7,1 pr.).

2. Wie man mit Hilfe des Strafzwecks überzeugend argumentieren kann, zeigt Paulus für das *pactum de non petendo* über eine Privatstrafe in einem wenig behandelten Text:

D. 2,14,27,4 (Paulus *libro tertio ad edictum*): Pacta, quae turpem causam continent, non sunt observanda: veluti si paciscar ne furti agam vel iniuriarum, si feceris: *expedit enim timere furti vel iniuriarum poenam*. Sed post admissa haec pacisci possumus. Item ne experiar interdicto unde vi, quatenus publicam causam contingit, pacisci non possumus. Et in summa, si pactum conventum a re privata remotum sit, non est servandum...

(Paulus im 3. Buch zum prätorischen Edikt): „Vereinbarungen, die einen sittenwidrigen Zweck enthalten, sind nicht zu beachten; zum Beispiel wenn ich vereinbare, dass ich nicht wegen Diebstahls klagen werde oder wegen Personenverletzung, falls du (eine solche Tat) begehen solltest. Es ist nämlich zweckdienlich, die Buße wegen Diebstahls oder wegen Personenverletzung fürchten (zu müssen). Aber nach einem begangenen Delikt können wir dies vereinbaren. Ebenso wenig können wir vereinbaren, dass ich nicht aus dem Interdikt ‚Von wo mit Gewalt‘ klagen werde, weil insoweit das öffentliche Interesse berührt wird. Überhaupt ist eine Vereinbarung unbeachtlich, soweit sie über den privaten Bereich hinausgeht...“

a) Durch Vereinbarung mit einem Mitmenschen kann man nicht erreichen, dass man ihn künftig straflos schädigen kann. Der auf die Buße Verzichtende würde rechtlos gestellt. Es ist zweckdienlich, sagt Paulus (*expedit*), dass man die Buße wegen Diebstahls oder wegen Ehr- und Körperverletzung fürchten muss. „Strafe muss sein“: Hier gewinnt der volkstümliche Spruch rechtliche

⁴¹ *Sine metu poenae* Ulpian D. 19,2,54,1 (ohne Furcht vor dem Verfall einer Vertragsstrafe); ähnlich Papinian D. 35,1,71,1 (aus Furcht vor Vertragsstrafe wegen Verlöbnißbruchs: unklagbar entsprechend § 1297 Abs. 2 BGB); *metu alicuius poenae* Sev./Ant. C. 3,26,2 von 207 (Selbstmord aus Furcht vor irgendeiner Strafe), vgl. WACKE, SZ 97 (1980) 68; S. PULIATTI, *Il de iure fisci di Callistrato* (Milano 1992) 185; ebenso *futurae poenae metu* Diocl. C. 6,22,1,2 (290). Zum Verzicht auf die *actio iniuriarum* D. 47,10,11,1: *aequitas actionis omne metum eius abolere videtur*. Wegen der Billigkeit der Klage gilt jede Furcht des Beleidigers vor der Buße als beseitigt.

⁴² Einzelheiten bei M. KASER/K. HACKL: *Das römische Zivilprozessrecht* (2. Aufl. 1996) § 30 m. Fn. 51.

Relevanz. Die Furcht vor der Deliktsbuße soll potentielle Täter zu rechtmäßigem Verhalten hinlenken und mögliche Opfer schützen. Zwar kann man auf Vorteile grundsätzlich verzichten. Vor dem Eintritt eines möglichen Schadens aus künftigem deliktischen Verhalten kann der Verzichtende dessen Ausmaß aber gar nicht abschätzen. Ein Verzicht widerspräche darum geradezu dem Wesen der Deliktsbuße; er wäre gewissermaßen *contra naturam poeni*. Dieser Gedanke ist unvergänglich. Er lebt fort in der Regel *Pactum de dolo non praestando non est servandum*, als solcher kodifiziert in § 276 Abs. 3 BGB. Paulus handelt von privaten Deliktsbußen, des weiteren vom Interdikt gegen Gewaltanwendung. Für kriminelle Strafen gilt dies erst recht, da sie über den privaten Rechtsgüterschutz hinausgehen. Da sie an den Fiskus fließen, ist das künftige Opfer zu einem Verzicht auf sie gar nicht legitimiert. Die Einwilligung in eine Körperverletzung ist jedenfalls bei Verstoß gegen die guten Sitten unbeachtlich.

Bei bereits eingetretenem Schaden treffen diese Bedenken nicht zu. Der (erwünschte) Abschluss eines Sühnepakts zur Abwendung eines Bußprozesses (im Wege später sogenannter *compositio*) war schon in altrömischen Bußbestimmungen vorgesehen.⁴³

b) Nach dem seit dem 13. Jahrhundert in den oberen Ständen verbreitet gewesenem eigentümlichen Institut der Ehrenverpfändung zur Bekräftigung eines Treuegelöbnisses durfte bei dessen Nichterfüllung der Begünstigte den Wortbrüchigen durch öffentliche Ehrenschele in Wort und Bild kränken. Der drohende Ehrenverlust durch die ausbedungene Befugnis, Schmähbriefe in Umlauf zu setzen und Schandgemälde öffentlich aufzuhängen, war zumal bei Parteien höheren Standes, gegen die die ordentliche Gerichtshilfe häufig versagte, ein gesellschaftliche äußerst wirksames Pressionsmittel.⁴⁴ Das römischrechtliche Verbot einer vorherigen (wenngleich bedingten) Einwilligung in eine Ehrenverletzung wurde insoweit offensichtlich nicht rezipiert. Eine für den Fall der Nichterfüllung etwa ausbedungene Befugnis, den Schuldner verprügeln oder gar ein Stück Fleisch aus seinem Körper schneiden zu dürfen (wie im Falle von Shakespeares „Kaufmann von Venedig“), verstieße aber gegen die guten Sitten.

3. Rechtsgeschäftliche Abmachungen über Strafen erörtert auch Gaius in Bezug auf Bürgschaften:

D. 46,1,70,5 (Gaius *libro primo de verborum obligatonibus*): Id quod volgo dictum est *maleficiorum fideiussorem accipi non posse* non sic intellegi debet, ut in poenam furti is, cui furtum factum est, fideiussorem

⁴³ *Ni cum eo pacit* beim *membrum ruptum* nach den Zwölftafeln 8,2. Zum Verzichtspaktum oder Vergleich über die *actio iniuriarum* D. 47,10,11,1.

⁴⁴ W. BRÜCKNER, Art. Ehrenverpfändung, HRG I (1971) 853 f.; DERS., Art. Schandbilder, HRG IV (1990) 1349 ff.; R.-E. MOHRMANN, Art. Schmähen und Schelten, ebenda 1451 ff.

accipere non possit (nam poenas ob maleficia solvi magna ratio suadet), sed ita potius, ut qui cum alio cum quo furtum admisit, in partem, quam ex furto sibi restitui desiderat, fideiussorem obligare non possit, et qui alieno hortatu ad furtum faciendum proventus est, ne in furti poena ab eo qui hortatus est fideiussorem accipere possit. in quibus casibus illa ratio impedit fideiussorem obligari, quia scilicet in nullam rationem adhibetur fideiussor, cum flagitiosae rei societas coita nullam vim habet.

(Anstelle einer Übersetzung gebe ich hier einen inhaltlichen Bericht): Das *vulgo dictum*, wegen Übeltaten dürften keine Bürgen genommen werden, sei nicht etwa so zu verstehen, dass ein Bestohler wegen der (verfallenen) Diebstahlsbuße keinen Bürgen annehmen könne. Denn dass Bußen wegen Missetaten bezahlt werden müssen, suggeriere die hohe Vernunft (d. h. dafür gibt es gute Gründe). [Also dürfen für deren Zahlung auch Sicherheiten bestellt werden.] Vielmehr darf, wer mit einem anderen (gemeinschaftlich) einen Diebstahl verübte, für den begehrten Teil an der Beute keinen Bürgen verbindlich machen. Ebenso wenig kann, wer von einem anderen zur Begehung eines Diebstahls angestachelt wurde, zwecks Schadloshaltung der ihn treffenden Buße einen Bürgen annehmen. In diesen Fällen verhindert jener Grund die Entstehung einer Verpflichtung des Bürgen, dass er zu keinem (klagbaren) Rechtsverhältnis hinzugezogen wurde, da eine zu schändlichem Zweck eingegangene Gesellschaft kraftlos ist.

Kommentar: Zugunsten des Geschädigten zur Sicherung der verfallenen Deliktsbuße eingegangene Bürgschaften sind gültig. Für Abmachungen unter Missetätern selber kann man sich zu deren Gunsten hingegen nicht verbürgen, weil sie gegen die guten Sitten verstoßen. Nur für erlaubte Zwecke kann man eine Gesellschaft eingehen.⁴⁵ Die Gültigkeit oder Nichtigkeit einer *fideiussio* folgt damit einfach aus ihrer Akzessorietät. Im dritten von Gaius gebildeten Beispielsfall, der vom Anstifter gestellten Schadlosbürgschaft für eine künftig eventuell verfallende Deliktsbuße, steckt aber noch tieferer Sinn. Die gleiche Konstellation hätten wir im modernen Recht, falls einem angestellten Berufskraftfahrer sein Arbeitgeber etwaige Verwarnungs- oder Bußgelder wegen Verkehrsübertretungen erstatten würde. Schon die generalpräventive Wirkung des zivilen Haftungsrechts wurde infolge der (wegen der hohen

⁴⁵ Weitere Quellen hierzu bei J. HERNANDO LERA: *El contrato de sociedad* (Madrid 1992) 157 ff. Abweichend von den römischen Rechtsquellen scheiden wir heute schon begrifflich das Schmieden eines verbrecherischen Komplotts von der „Gesellschaft“ (*societas*) aus. Bei Abmachungen unter Schurken zieht der Staat sich zurück. Dass sie rechtlich nicht erzwingbar sind, ist Grundvoraussetzung für eine Bekämpfung der Bandenkriminalität. – Bei Glücksspielen gingen die Römer noch einen Schritt weiter und versagten den Rechtsschutz sogar dann, wenn es (was naheliegt) anlässlich von Würfelspielen zu handgreiflichen Auseinandersetzungen und Körperverletzungen kam.

Schadenspotentiale unverzichtbaren) Haftpflichtversicherungen erheblich gemindert.⁴⁶ Strafrechtliche Sanktionen würden gänzlich illusorisch, falls sie den Verantwortlichen nicht persönlich treffen würden. Es wäre grotesk, könnte der Anstifter sagen: „begehe den Diebstahl auf meine Gefahr“. Die Abschreckungsfunktion der Diebstahlsbuße wäre hinfällig. Der Täter bräuchte sie (wie im vorigen Text des Paulus) nicht mehr zu fürchten.⁴⁷

4. Abschreckung und Vergeltung nennt der spätere Klassiker Claudius Tryphoninus als Strafzwecke nebeneinander:⁴⁸

D. 16,3,31pr. (Tryphoninus *libro nono disputationum*): Bona fides, quae in contractibus exigitur, aequitatem summam desiderat. Sed eam utrum aestimamus ad merum ius gentium, an vero cum praeceptis civilibus et praetoriis? Veluti reus capitalis iudicii deposuit apud te centum: is deportatus est, bona eius publicata sunt: utrumne ipsi haec reddenda an in publicum deferenda sint? Si tantum naturale et gentium ius intuemur, ei qui dedit restituenda sunt: si civile ius et legum ordinem, magis in publicum deferenda sunt: *Nam male meritis publice, ut exemplo aliis ad deterrenda maleficia sit, etiam egestate laborare debet.*

(Tryphonin im 9. Buch seiner Erörterungen): „Die bei Verträgen geforderte gute Treue strebt nach höchster Billigkeit. Ob wir sie aber nach reinem Völkergemeinrecht beurteilen (sollen), oder eher mitsamt den zivilrechtlichen und prätorischen Anordnungen? Ein wegen eines Kapitalverbrechens Angeklagter hinterlegte beispielsweise bei dir hundert(tausend Sesterzen). Er wurde verbannt, sein Vermögen eingezogen: Ob ihm selbst diese (hundert) zurückzugeben – oder sie an den Fiskus abzuführen sind? Wenn wir allein auf das Natur- und Völkergemeinrecht abstellen, müssten sie dem Hinterleger zurückgewährt werden; wenn (jedoch) auf das bürgerliche Recht und die

⁴⁶ In der ehemaligen UdSSR waren Verkehrshaftpflichtversicherungen aus diesem Grunde nicht zugelassen. Bei uns büßt der Versicherte (außer bei Vorsatz) bloß seinen Schadensfreiheitsrabatt ein. S. den Sammelband, hrsg. von CL. OTT/H. B. SCHÄFER, Die Präventivwirkung zivil- und strafrechtlicher Sanktionen (Tübingen 1999); weiter C. SCHÄFER: Strafe und Prävention im bürgerlichen Recht, *AcP* 202 (2002) 398 ff.

⁴⁷ Dass nach verübter Tat eine verfallene Strafe besonders bei Insolvenz des Täters, um dessen körperliche Züchtigung als Ersatzstrafe abzuwenden, aus Solidarität von einem Dritten abgelöst werden darf (unten Fn. 194), steht nicht entgegen.

⁴⁸ Zur Stelle existiert reiche Literatur: etwa R. VOGGENSPERGER, Der Begriff des ius naturale (Basel 1952) 53 f.; P. CERAMI: Ordo legum e iustitia in Claudio Trifonino, *Annali Palermo* 40 (1988) 5 ff., 15 ff.; besonders ausführlich R. BRUNO SIOLA: Variazioni pregiustiniane al principio classico "Depositum ei qui dedit reddendum est", in: *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano II* (Milano 1990) 183-224 (zu Cerami dort die postilla S. 242-249); beide italienische Abhandlungen wurden von den beiden späteren Arbeiten nicht rezipiert, nämlich M. KASER: *Ius gentium* (Köln u. a. 1993) 121 f. und R. KNÜTEL: *Zum Pflichtenkonflikt des Verwahrers*, *Mélanges F. Sturm I* (Lausanne/Liège 1999) 239, 245 f.

gesetzliche Ordnung, sind sie eher an die Staatskasse abzuführen. Denn wer (die Zufügung) eines öffentlichen Übels verdient,⁴⁹ damit durch sein Beispiel die anderen von Missetaten abgeschreckt werden, der muss auch bittere Armut leiden.“

Angesichts der für das klassische römische Recht charakteristischen unterschiedlichen Rechtsschichten *ius civile*, *ius honorarium*, *ius gentium* und *ius naturale*⁵⁰ fragt Tryphonin nach deren Vorrang bei der Auslegung von Verträgen. Die meisten Kontrakte richten sich nach *ius gentium* und werden von der *bona fides*, der Pflicht zum Worthalten regiert, welche die höchste Fallgerechtigkeit (*summa aequitas*) erstrebt. In Konflikt gerät die Pflicht, dem Vertragspartner gegenüber Wort zu halten, in dem von Tryphonin gebildeten Beispielsfall, dass der eines Kapitaldelikts Angeklagte eine Geldsumme (etwa bei einer Bank) in Verwahrung gibt und daraufhin zu lebenslänglicher⁵¹ Verbannung mitsamt Vermögensverlust bestraft wird. Isoliert nach *ius gentium* und *ius naturale* beurteilt, müsste das dem Deponenten gegebene Rückzahlungsversprechen auch noch zugunsten des inzwischen Verurteilten gelten, meint Tryphonin. Anders als zu Zwangsarbeit *in metalla* Verurteilte⁵² wird ein Verbannter nicht versklavt. Nach dem für Peregrine zuständigen *ius gentium* behält er seine Vermögensfähigkeit;⁵³ deshalb könnte sein Rückzahlungsanspruch für ihn fortbestehen.

Das *ius civile* und die Gesetzesbefehle geböten jedoch eher (*magis*) die Abführung an die Staatskasse. Gegen dieses Strengrecht kann man sich verständlicherweise nicht auflehnen, schon gar nicht als zur Rechtswahrung verpflichteter Jurist. Die *inter partes* einzuhaltende Vertragstreue wird von der positiven Rechtsordnung begrenzt und gilt nur innerhalb des von ihr als *ius cogens* gesteckten Rahmens. Besonders im Strafrecht herrscht der *rigor iuris*.

⁴⁹ *Male meritis publice*: HEUMANN/SECKEL: *Handlexikon*, s. v. *mereri*. Zu frei übersetzt von F. SALERNO, *Dalla consecratio alla publicatio bonorum* (Napoli 1990) 213, von SPRUIT (1996), von BEHREND/KNÜTEL/KUPISCH/SEILER (1999) und KNÜTEL (vorige Fn.). Vgl. unten Fn. 54.

⁵⁰ Dazu überblicksweise TH. MAYER-MALY: *Partes iuris*, in: Cairns/Robinson (Hrsg.), *Essays A. Watson* (2001) 103 ff.; A. WACKE, in: *Iurisprudentia universalis*, Festschr. Mayer-Maly (2002) 823 f.

⁵¹ Bei zeitlich befristeter Relegation durfte das Vermögen weder ganz noch zum Teil konfisziert werden: Papinian D. 49,14,39pr. Hiergegen verstößende Verurteilungen wurden in Kaiserreskripten kritisiert, sollten aber nicht umgestoßen werden: Ulpian D. 48,22,7,4.

⁵² Ein zu Bergwerksarbeit Verurteilter wird nach Antoninus Pius „eher zum Sklaven der Strafe als des Fiscus“; außer Vermächtnissen zum notwendigen Lebensunterhalt kann er auch dem Fiscus nichts von Todes wegen erwerben: D. 34,8,3pr.; 49,14,12. Er ist *servus sine domino* oder *servus nullius*: V. MAROTTA: *Multa de iure sanxit* (Milano 1988) 344; H. WIELING, *Die Begründung des Sklavenstatus*, in: J. M. Rainer (Hrsg.), *Corpus der römischen Rechtsquellen zur antiken Sklaverei I* (Stuttgart 1999) 18 f.

⁵³ D. 48,19,17,1. Allerdings nur zum Neuerwerb nach seiner Verurteilung; und auch das danach erworbene Vermögen fällt mit seinem Tode ebenfalls an den Fiskus: D. 48,22,15pr.; 48,20,7,5.

Tryphonin entscheidet seine Ausgangsfrage jedoch nicht generell, sondern er greift zu einer persuasiven kriminalpolitischen Begründung für den gebildeten Beispielsfall (damit verschiebt er die Argumentationsebene): Wer zur Abschreckung für Andere exemplarisch bestraft wird,⁵⁴ der müsse auch „am Hungertuche nagen“, ein kümmerliches Dasein fristen (*egestate laborare*), der dürfe sich nur noch kärglich ernähren.

Zwecks Lösung des relativ einfachen Sachverhalts greift Tryphonin zu einer bemerkenswert aufwendigen Begründung. Die Argumentation könnte schlichter ausfallen, indem man sagt: Die Vermögenskonfiskation ist eine Art Universalsukzession;⁵⁵ demzufolge ergreift sie auch Ansprüche des Verurteilten gegen Dritte. Auch Geldkonten müssen daher (wie bei einer Beschlagnahme im Konkurs) der Konfiskation unterfallen.⁵⁶ Wie im Falle einer Entmündigung wird dem zur Deportation Verurteilten die Verfügungsmacht über sein Vermögen entzogen. Nach der Konfiskation ist er darum für die Rückzahlung der deponierten Geldsumme nicht mehr legitimiert (nicht mehr empfangszuständig). Für Forderungen des Enteigneten entspricht die Konfiskation einer hoheitlich-zwangsweise auferlegten Zession. Tryphonins Begründungsaufwand bestätigt indessen, dass den römischen Juristen die Vorstellung einer Rechtsnachfolge in Forderungen Schwierigkeiten bereitete.⁵⁷

Einer drohenden Konfiskation kann man sich auch nicht dadurch entziehen, dass man Teile seines Vermögens Dritten in Obhut gibt oder treuhänderisch übereignet. Der Angeklagte darf sich kein solches Schlupfloch offen halten; der

⁵⁴ Die Bestrafung (als Zufügung eines *malum publicum*) bezweckt nach Tryphonins Ausdrucksweise als solche schon die Abschreckung (genau übersetzt); so richtig SPRUIT (1999). Das Erleiden von Not und Hunger bildet die darin eingeschlossene Folge zwecks Vergeltung, dient aber für sich genommen nicht zusätzlich der Abschreckung; so allerdings die Übersetzungen von OTTO/SCHILLING/SINTENIS (1832) und BEHREND/KNÜTEL (o. Fn. 48). Schon gar nicht sind die Entbehnungen (die *egestas*) gewissermaßen eine „Zusatzstrafe“ (pena „accessoria“); so freilich BRUNO SIOLA (Fn. 48) S. 215. Dass der Verbannte in seiner Einsamkeit Not leiden soll, fließt aus dem Vergeltungsgedanken, wirkt aber auf die Allgemeinheit weniger abschreckend; denn dies müssen nicht so viele Personen mit ansehen, wie beim öffentlich verhandelten Strafprozess und der Urteilsverkündung anwesend waren.

⁵⁵ Entgegen dem Grundsatz *Nulla hereditas viventis* ist die Konfiskation eine Art „Beerbung bei lebendigem Leibe“. Als Urteilsfolge der Verbannung rückt sie in die Nähe zum „bürgerlichen Tod“, obgleich der Verbannte seine Rechtsfähigkeit und den Peregrinenstatus behält. Vgl. E. L. GRASMÜCK: *Exilium: Untersuchungen zur Verbannung* (Paderborn 1978) 65 f. (Die Rechtsquellen der Kaiserzeit behandelt GRASMÜCK leider nicht). – Nach dem leiblichen Tode des Verbannten darf nicht einmal sein Leichnam ohne kaiserliche Erlaubnis zwecks Bestattung anderswohin (etwa nach Rom) überführt werden. Seine Strafe geht über den Tod hinaus (*poena etiam post mortem manet*): D. 48,24,2.

⁵⁶ So wie bei Dritten deponiertes Geld auch der Pfändung zugunsten einzelner Gläubiger unterliegt: D. 42,1,15,12 (Fall 1); W.-R. VON DER FECHT: *Die Forderungspfändung im römischen Recht* (Köln u. a. 1999) 64 ff.; A. WACKE: *Pecunia in arca*, OIR 8 (2003) sub VI.

⁵⁷ Nur mittels Hilfskonstruktionen (wie Delegation oder Einziehungsermächtigung) ließ sich ein der Zession ähnlicher Effekt erzielen; s. A. WACKE: Übertragbarkeit des iuris vinculum mittels Zession? in: *Iuris vincula, Studi M. Talamanca VIII* (Napoli 2001) 333 ff.

Die Zwecke von Buße und Kriminalstrafe nach römischen Rechtsquellen – 429

Verlust seines Vermögens war voraussehbar.⁵⁸ Eine effiziente Konfiskation muss vollständig, lückenlos sein. Eine Umgehung ist nicht hinnehmbar. Das naheliegende Argument einer *fraus legis* erwähnt Tryphonin jedoch auffallenderweise ebenfalls nicht.⁵⁹

Für schlagkräftig hält Tryphonin jedoch das Argument, einem Angeklagten, der verdienstermaßen zur Abschreckung Anderer zur Deportation verurteilt wurde, geschehe es recht, wenn er dort auch an Hunger und Entbehrung leiden müsse. Auch das *malum passionis* eines kümmerlichen Lebensstandards gehört zur Strafe im Sinne ihrer Definition durch Hugo Grotius, nämlich als Vergeltung (oben IV). Um in den Genuss der Belassung des Notbedarfs (des *beneficium competentiae*) zu gelangen, muss man sich dessen als würdig erweisen,⁶⁰ insbesondere unverschuldet in Not geraten sein. Wegen eines Verbrechens Verurteilte haben das Gegenteil verdient.⁶¹ Tryphonins Begründung, dass Deportierte kein Recht haben, ihr Leben in der Verbannung üppig in Saus und Braus zu genießen, ist eine generell auf den Zweck der Konfiskation rekurrierende Erwägung im Interesse möglicher Effizienz dieser Strafe. Von diesem suggestiven Argument lassen sich Laienrichter gefühlsmäßig beeindrucken. Dies ist aber keine stringent auf den zu entscheidenden Fall bezogene Begründung, dass der Strafzweck nicht durch ausgeklügelte Manipulationen umgangen werden darf. Die rhetorischen Fragen und die ausholende, aber den Kern nicht treffende Argumentation kennzeichnet Tryphonins Fragment als einen Schultraktat, wie sie für das gesamte Werk seiner „Erörterungen“ (*disputationes*) charakteristisch sind.⁶²

Außer der ausdrücklich erwähnten Generalprävention betont Tryphonin damit am Schluss des Fragments auch die Vergeltungsfunktion der zur Strafe verhängten Vermögenskonfiskation.⁶³ Die von Tiberius angeordnete

⁵⁸ In den meisten Fällen wohl auch für den Depositär als Vertragspartner. Dann wurde er zum Komplizen des Umgehungsgeschäfts. – Freilassungen eines Angeklagten waren ungültig, wenn er mit seiner Verurteilung zu Deportation und Vermögensverlust rechnen musste: D. 40,1,8,2; 40,9,15pr.; V. MAROTTA (o. Fn. 52) 341 f.; BRUNO SIOLA 215 ff. Ansonsten behielt der Angeklagte seine Verfügungsmacht bis zu seiner Verurteilung, D. 48,20,2. In *fraudem fisci* veräußertes Gut wurde nach seiner Verurteilung zurückgefordert: D. 48,20,11,1. Freilassungen hätten aber (wegen des *favor libertatis*) nicht rückgängig gemacht werden können. Den Verlust der Verfügungsmacht schon mit der Anklageerhebung eintreten zu lassen (was zweckmäßig gewesen wäre), wäre wohl unvereinbar mit der Unschuldsumutung gewesen. Sie ergibt sich beispielsweise (noch während schwebender Appellation) aus D. 28,3,8-9.

⁵⁹ Die einschlägigen Monographien zur *fraus legis* von O. BEHREND (1982) und L. FASCIONE (1983) behandeln den Fall darum auch nicht.

⁶⁰ A. WACKE, Antikes im modernen Zivilprozess, OIR 3 (1997) 68, 94 f.

⁶¹ Schon aus privaten Deliktssklagen Verurteilte genossen nicht das Privileg, keinen Mangel leiden zu müssen (*ne egeat*: D. 50,17,137pr.; 42,1,19,1; dazu WACKE, SDHI 60, 1994, 475 Fn. 16). Vgl. u. Fn. 72 f.

⁶² S. die treffsichere Gesamtbeurteilung von Werk und Methode durch D. LIEBS in: Herzog/Schmidt (Fn. 9) S. 216.

⁶³ Der Text enthält beide Aspekte der Strafe; zutreffend (abweichend von der Mehrzahl der

Konfiskation des gesamten Vermögens Deportierter bildete allerdings nicht die Regel; oft begnügte man sich mit der Hälfte⁶⁴ – auch (um eine Sippenhaft zu vermeiden) im Interesse der unschuldigen, vermögenslosen Kinder.⁶⁵ Deportierte konnten selber nichts von Todes wegen erwerben (weder durch Erbeinsetzung noch durch Vermächtnis oder Fideikommiss); Antoninus Pius gestattete jedoch gnadenhalber, ihnen letztwillig die nötigen Mittel zum Unterhalt zu hinterlassen (*quae ad victum aliosque usus necessarios sufficient*).⁶⁶ Auch wurden ihnen Zehrgelder für Reise und Aufenthalt (*viaticum, pannicularia*), darunter sogar Sklaven zu ihrer Bedienung, aus ihrem Vermögen zugestanden.⁶⁷

5. Zur Belassung des notwendigen Lebensbedarfs im Hinblick auf den Strafzweck der Konfiskation äußert sich auch Paulus in einem wenig beachteten kurzen Text:

D. 24,3,36: (Paulus *libro secundo de adulteris*): Si maritus minus facere potest et dos publicata sit, in id quod facere potest fisco maritus condemnandus est, *ne in perniciem mariti mulier punita sit*.

„Wenn der Ehemann zahlungsschwach ist und die Mitgift konfisziert wurde, ist der Mann dem Fiskus in soviel zu verurteilen, wieviel er leisten kann, *damit die Frau nicht zum Verderben des Mannes gestraft werde.*“

Eine wegen schwerer Gewaltverbrechen, Giftmord oder Majestätsbeleidigung verurteilte Ehefrau büßte kraft Gesetzes ihre Mitgift zugunsten des Fiskus ein.⁶⁸ Ein auf Dosrückgabe verklagter Ehemann haftete normalerweise nur beschränkt unter Vorbehalt des eigenen Notbedarfs, da die

Interpretieren, vgl. o. Fn. 49) BRUNO SIOLA S. 213.

⁶⁴ D. 48, 22, 4; MOMMSEN: *Strafrecht* 1009 Fn. 3, 1010 Fn. 5.

⁶⁵ D. 48,20,1,1-3; 48,20,7,3. Denn das Vergehen oder die Bestrafung des Vaters darf das Ansehen des Sohnes nicht beflecken (*nullam maculam filio infligere postest*), D. 48,19,26. W. WALDSTEIN: *Das Schicksal der Forderungen unschuldiger Dritter im Falle einer publicatio bonorum*, Index 3 (1972) 344 ff.; A. WACKE, SZ 97 (1980) 52 f. – Bei Majestätsverbrechen schritt man allerdings zu finanzieller Sippenhaft, um auch den Nachkommen die Mittel zu staatsfeindlicher Betätigung dauerhaft zu entziehen: H. M. LENZ: *Privilegia fisci* (Pfaffenweiler 1994) 45 f. NAGLER 151 f. sah darin (mit fraglichem Recht) „eine reine Sicherungsmaßnahme ohne Strafcharakter“. Die Mitbestrafung von Verwandten (ansonsten charakteristisch für totalitäre Staaten) begegnet häufiger in der Spätantike; zahlreiche Belege aus dem Codex Theodosianus bei BRUNO SIOLA 215. Töchtern beließ Gratian CTh. 9,42,8,3 (von 380 n. Chr.) ein Viertel von der mütterlichen Erbschaft; wegen ihrer weiblichen Schwäche vertraute man auf geringere umstürzlerische Neigungen ihrerseits.

⁶⁶ D. 48,22,16 i.f. Ebenso D. 34,1,11 sowie (*e contrario*) D. 34,8,3pr.; R. ASTOLFI: *Studi sull'oggetto dei legati III* (Padovva 1979) 120 ff.

⁶⁷ D. 48,20,6; MOMMSEN S. 1010.

⁶⁸ D. 48,20,3. Die enumerative Aufzählung war nach MOMMSEN, *Strafrecht* 1010 Fn. 3 ein mit der Deportation verbundenes Frauenprivileg.

normalerweise nur beschränkt unter Vorbehalt des eigenen Notbedarfs, da die Frau während des familiären Zusammenlebens am Lebensstandard und dafür verbrauchten Familienvermögen partizipierte. Dieses Privileg des *beneficium competentiae* geht dem Manne bei Konfiskation der Mitgift nach Paulus nicht verloren. Das ließe sich (wie im Falle Tryphonins) auch hier damit begründen, dass der Fiskus Rechtsnachfolger der mit Konfiskation bestraften Person ist. Darum dürfen dem Fiskus hier keine größeren Rechte zustehen als der an sich rückforderungsberechtigten Frau. Deshalb bleiben die üblichen Abzüge von der Mitgift (*retentiones ex dote*) dem Manne (vor allem zwecks Versorgung der bei ihm bleibenden Kinder, *propter liberos*) auch dem Fiskus gegenüber erhalten.⁶⁹ Auf die naheliegend scheinende Konstruktion dieser Beschlagnahme als einer zwangsweise auferlegten Zession rekurriert Paulus hier jedoch ebenso wenig wie zuvor Tryphonin. Stattdessen argumentiert Paulus überzeugend, die straffällig gewordene Ehefrau dürfe nicht zum Verderben ihres unschuldigen Mannes gestraft werden (*ne in perniciem mariti mulier punita sit*).⁷⁰ Allein den Schuldigen zu bestrafen, ist ein Gebot der Humanität.⁷¹ Nur dass die schuldige Frau am untersten Rand des Existenzminimums dahindarbt (*egestate laborat*, i. S. v. Tryphonin), liegt innerhalb des Strafzwecks.⁷² Versagt wird die Einrede des Notbedarfs darum konsequent bei Ansprüchen, die einem Delikt entspringen (wie bei Entwendungen in Zueignungsabsicht), weil der Schuldige dann (auch) gestraft werden soll.⁷³ Aber: „Die Bestrafung des einen darf nicht anderen zum Schaden gereichen,“ so ließe sich die Aussage des Paulus verallgemeinern. Strafen dürfen nur den Täter persönlich treffen. Paulus urteilt damit konsequentermaßen hier zu Lasten des Fiskus, Tryphonin hingegen zuvor zu dessen Gunsten.

6. Der generalpräventive Abschreckungszweck ergibt sich am deutlichsten (verbunden mit einer gewissen Satisfaktion für die hinterbliebenen Angehörigen) aus der Begründung für die den Wegelagerern und

⁶⁹ Papinian D. 48,20,4. Statt *salvas, actiones* (interpoliert) lies *retentiones*.

⁷⁰ Der Fiskus kann es auch leichter verschmerzen, wenn er weniger Gewinn einstreicht, als der Ehemann, dessen Subsidien unter das Existenzminimum fielen. *Potior est qui certat de damno evitando quam qui de lucro captando*: WACKE, Juristische Arbeitsblätter 1989, 401 f.; DERS.: Verlustabwehr rangiert vor Gewinnstreben, SZ 118 (2001) 264 ff.

⁷¹ F. SCHULZ: *Prinzipien des röm. Rechts* 138 f.

⁷² Die Häftlinge in den Gefängnissen wurden nur kärglich von Staats wegen ernährt; zusätzlich durften (oder mussten) Angehörige sie versorgen: D. 42,1,34; E. VALINO: *Actiones utiles* (Pamplona 1974) 68; KRAUSE 1996, 279 ff. – In D. 9,2,29,7 verendet gepfändetes Vieh, weil Munizipalbeamte dem Eigentümer das Füttern verbieten: nicht unecht, anders noch WACKE, SZ 97 (1980) 75.

⁷³ D. 25,2,21,6; 42,1,20; A. WACKE: *Actio rerum amotarum* (Köln u. a. 1963) 67 ff.; J. GILDEMEISTER: *Das beneficium competentiae* (Göttingen 1986) 7 f.

Straßenräubern angedrohte geschärfte Todesstrafe der Kreuzigung oder der Tierhetze in folgendem berühmten Text des Spätclassikers Callistratus:⁷⁴

D. 48,19,28,15 (Callistratus *libro sexto de cognitionibus*): Famosos latrones in his locis, ubi grassati sunt, furca figendos compluribus placuit, *ut et conspectu deterreantur alii ab isdem facinoribus et solacio sit cognatis et adfinibus* interemptorum eodem loco poena reddita, in quo latrones homicidia fecissent. Nonnulli etiam ad bestias hos damnaverunt. (Callistratus, im 2. Buch seiner „Erkenntnisse“): „Berüchtigte Straßenräuber sollen an den Orten, wo sie im Umhertreiben wüteten, ans Kreuz geschlagen⁷⁵ werden, wie es die meisten billigten, damit durch deren Anblick sowohl Andere von dergleichen Verbrechen abgeschreckt, als auch den Verwandten und Verschwägerten des Ermordeten dadurch, dass die Strafe am selben Ort gebüßt wird, wo die Straßenräuber ihre Mordtaten verüben, ein Trost zuteil werde. Manche verurteilten sie auch dazu, den wilden Tieren vorgeworfen zu werden.“

Zusammengerottete Banditen und Straßenräuber bildeten in der Antike wie im Mittelalter für den von Ort zu Ort reisenden Kaufmann eine lebensbedrohliche Gefahr und schwer auszurottende Landplage.⁷⁶ Dutzende berüchtigter *latrones*, *praedones* oder *grassatores* sind namentlich bekannt;⁷⁷ berühmt wie Robin Hood war Bulla Felix zur Regierungszeit von Septimius Severus, der von 205

⁷⁴ Dazu (mit besonderem Blick auf die Strafzwecke) R. BONINI: *I libri de cognitionibus di Callistrato I* (Milano 1964) 104 f.

⁷⁵ Nach der Digestenfassung wörtlich: am Galgen aufgehängt. Die in republikanischer Zeit besonders gegen Sklaven verhängte, qualvolle und demütigende Strafe der Kreuzigung wurde von Konstantin aus Verehrung für das Christentum verboten. In justinianischen Texten (so auch hier) wurde *crux* ersetzt durch *furca*, Galgen (eigentlich Gabel); s. BONINI 87 f. Fn. 19; SANTALUCIA 1998, 249 f.; D. LIEBS: *Römische Jurisprudenz in Africa* (Berlin 1993) 36. Zum Vollzug der Kreuzigung, der eine Geißelung vorausging, s. J. BLINZLER: *Der Prozess Jesu* (3. Aufl. Regensburg 1960) 263-281; GEBHARDT 86 ff.; E. CANTARELLA, in: F. Amarelli/F. Lucrezi (a cura di), *Il processo contra Gesù* (Napoli 1999) 211-227, m. Lit. S. 265 ff.; auch GORDON THOMAS: *Das Jesus-Urteil: Hintergründe eines politischen Mordes* (Berg. Gladbach 1989, aus dem Englischen) 288 ff. Entsprechend der INRI-Inschrift über dem gekreuzigten Christus konnte zur verstärkten Abschreckung ein Schild auf den Grund der Exekution verurteilter Verbrecher hinweisen. Schon auf dem Gang zum Richtplatz wurde dem Delinquenten eine Tafel umgehängt oder vorausgetragen, auf der der Grund seiner Verurteilung (die *causa poenae*) vermerkt war: BLINZLER 267.

⁷⁶ Die neuere Forschung beschäftigte sich mit dem Phänomen wiederholt, namentlich TH. GRÜNEWALD: *Räuber, Rebellen, Rivalen, Rächer* (Stuttgart 1999), zum Begriff *latrones*, zu ihrer Allgegenwart und den Versuchen zu ihrer Bekämpfung bes. S. 22 ff., 26 ff., weit Lit. dort S. 237 f.; adde S. MORGESE: *Taglio di alberi e latrocinium*, *SDHI* 49 (1983) 168 ff. Zu den Transportrisiken für den Geldverkehr s. WACKE, *Pecunia in arca*, *OIR* 8 (2003) sub I mit weit. Lit.-Nachw. Fn. 9 f. Zum analogen Phänomen des Seeräuber-Unwesens vgl. L. MONACO: *Persecutio piratarum*, 1996.

⁷⁷ Alphabetische Liste bei GRÜNEWALD 260 f. m. Hinw. auf die Schilderungen ihrer *vita* und *malefacta*.

bis 207 n. Chr. mit 600 Mann ganz Italien in Schrecken versetzte.⁷⁸ Von zahlreichen Opfern sind auch Grabstelen erhalten mit dem Vermerk: „umgebracht durch Räuberhand“ (*interfectus a latronibus*).⁷⁹ Auf die (hinfälligen) Versuche zur Bekämpfung des Räuberunwesens ist am Schluss zurückzukommen (unten XI 3). Im Unterschied zum gewöhnlichen Vollzug der Todesstrafe durch Köpfen mit dem Schwert auf dem Schaffott⁸⁰ wird der Strafvollzug für diese Meuchelmörder hier verschärft. Nach überwiegender Ansicht verdienten sie (wie Callistrat mitteilt) am Orte des verübten Verbrechens ans Kreuz geschlagen zu werden. Der Anblick der Gekreuzigten solle nämlich sowohl Andere von dergleichen Schandtaten abschrecken als auch den Angehörigen der Ermordeten durch Strafverbüßung am selben Ort zum Trost gereichen. „Den meisten gefiel diese Ansicht“ (*compluribus placuit*), berichtet Callistrat: vermutlich bezieht er sich damit nicht (nur) auf Privatmeinungen von Juristen, sondern er referiert (wie auch sonst in seinen „Erkenntnissen“, *de cognitionibus*) über Kaiserkonstitutionen.⁸¹ Nicht wenige (*nonnulli*) Magistrate ließen die Verurteilten aber auch zur „Lustjagd“ den wilden Tieren in der Arena vorwerfen.

Hinsichtlich der Auswahl der verwirkten Todesstrafe hatte der Gerichtsherr demnach ein Ermessen.⁸² Die Verbüßung am Orte des *crimen commissum*⁸³ hat einen Anstrich von spiegelnder Strafe.⁸⁴ Das Wissen darum ist für die

⁷⁸ Nachdem er den Verfolgungen durch kaiserliche Truppen jahrelang entweichen konnte, wurde Bulla endlich dem Prätorianerpräfekt Aemilius Papinianus zur Aburteilung gegenübergestellt. Noch in der Gerichtsverhandlung zeichnete er sich laut Cassius Dio 76,10 durch Schlagfertigkeit aus. Dazu LANATA, RJ 6 (1987; s. u. Fn. 240) 301 f.; eingehend GRÜNEWALD 158 ff. und passim, bes. 169 f.

⁷⁹ GRÜNEWALD 38; K. W. WEEBER: *Alltag im alten Rom: Ein Lexikon* (3. Aufl. 1997) Art. Innere Sicherheit S. 189. Einmal begegnet der Ausdruck auch in D. 12,4,5,4.

⁸⁰ MOMMSEN: *Strafrecht* 924.

⁸¹ LIEBS (Fn. 62) 212. Zum weitläufigen Begriff *cognitio* in diesem Sinne D. 50,13,5pr. Praxisnähe bescheinigt dem Callistrat BONINI aaO (Fn. 74).

⁸² Vgl. D. NÖRR: *Rechtskritik in der römischen Antike* (München 1974) 130 f. Ihren Berichten über die regelmäßige Strafpraxis fügen die Spätclassiker danach öfters Hinweise auf Abweichungen hinzu (die auch als zurückhaltende Kritik verstanden werden können).

⁸³ Das ist eine (wohl nur hier bezeugte) Besonderheit des (späteren) Kaiserrechts. Übliche Hinrichtungsstätten seit republikanischer Zeit waren Forum, Marsfeld oder Esquilin: MOMMSEN: *Strafrecht* 913 f. Ein ähnlicher späterer Fall von 409 n. Chr. in C. 9,38,1 = CTh. 9,32,1: Flammentod am Tatort für das Ableiten von Nilwasser bei niedrigem Wasserstand mittels Dammdurchstichs, mit drakonischen Strafandrohungen auch für Komplizen; dazu LIEBS 1985, 111. Nicht hierher gehört die Bestimmung des Tatorts zum zuständigen Gericht für Vergehen von Sklaven bei auswärtigem Wohnsitz ihres Herrn in D. 48,2,7,4. – Im Mittelalter errichtete man das Schaffott häufig am Ort der Straftat: G. HABERER, Art. Schaffott, HRG IV (1990) 1349.

⁸⁴ Spiegelnde Strafen kennt das antike römische Recht in geringerer Zahl als das germanische. Ein Beispiel ist der Feuertod für den Brandstifter nach den Zwölf Tafeln: D. 47,9,9; D. 48,19,28,12; BONINI (o. Fn. 74) 99 f.; WACKE, RIDA 26 (1979) 552 ff. In der Spätantike häufen sich grausame verstümmelnde Leibesstrafen am „schuldigen Glied“: L. GÜNTHER 1889, 155 ff.; MANFREDINI, Index 26 (1998) 231 ff.

trauernden Angehörigen (als innere Befriedigung ihres Rachegefühls) aber nur ein schwacher Trost.⁸⁵ Den Mord selbst zu rächen, war ihnen jedenfalls – in grundlegendem Unterschied zu germanischen und nordischen Quellen – untersagt; die Vollstreckung oblag allein staatlichen Amtsträgern. Abschreckende Wirkung auf andere wird indessen nur dann erzeugt, wenn an solchen Orten einigermaßen regelmäßig Passanten vorbeikommen⁸⁶ und die Leichname der Exekutierten längere Zeit dort sichtbar hängen bleiben.⁸⁷ Plätze in der Nähe von Wegekreuzungen, von Brücken oder auf Hügeln (Golgatha, Galgenberge) boten sich dafür an.⁸⁸ Ein gottverlassener Hinterhalt in unwegsamem Gelände, wohin Reisende auf beschwerlichem Wege gelockt⁸⁹ und anschließend niedergemetzelt wurden, kommt dafür kaum in Betracht. Für den Scharfrichter war es zu beschwerlich, zeitraubend und vor allem gefährlich, eine verurteilte Räuberbande zwecks Exekution zum entfernten Ort des verübten Verbrechens abzuführen. Diese Nachteile vermeidend hat die von Callistrat alternativ erwähnte Hinrichtungsart größere Publizität und Effektivität,⁹⁰ die Verurteilten vor versammelter Menschenmenge im Amphitheater den Raubtieren zum Fraß vorzuwerfen.⁹¹ Auf solch spektakuläre

⁸⁵ Anders GÜNTHER 138 f. (m. ält. Lit. Fn. 23): eine äußerst starke Betonung des Genugtuungsgedankens, fast an Rache grenzend. Meines Erachtens eher ein ideeller Ersatz dafür, dass die Angehörigen bei der Vollstreckung nicht mit Hand anlegen dürfen. *Ut id pro solacio habeant*: mit dieser Ablösung ihres Rachbedürfnisses müssen sie sich begnügen. *Solacium* (späteres Latein, in den Digesten nur sechsmal vorkommend), hier eher: Trostpflaster, (geringe) Genugtuung. Zur Echtheitskritik BONINI 105 Fn. 78. Die zur Errichtung und Unterhaltung der Ställe für die Staatspferde verpflichteten Provinzialen bekommen beispielsweise den Mist (*stercus*) *pro solacio*: C. 12,50,7 (anno 377 n. Chr.). Von *solor* trösten, entschädigen, ersetzen. Man denke auch an Boethius' berühmtes Werk *De consolazione philosophiae*.

⁸⁶ Das betont Quintilian (1. Jh. n. Chr.), *Declamationes* 274: *Quotiens noxios crucifigimus, celeberrimae eliguntur viae, ubi plurimi intueri, plurimi commoveri hoc metu possint*. Quintilian fügt hinzu: *Omnis enim poena non tam ad delictum pertinet quam ad exemplum*: von NAGLER 150 f. Fn. 2 zu Unrecht als „oberflächliche Verallgemeinerung“ bezeichnet. Vgl. auch KORNHARDT 47 f.

⁸⁷ Den Raben und Geiern zum Fraß, bis zur Verwesung. So MOMMSEN: *Strafrecht* 988 bei Fn. 3 (unter Hinweis auf unseren Text). Ansonsten sollte den Angehörigen ihre Bitte um Bestattung Hingerichteter grundsätzlich (außer bei Staatsfeinden) nicht abgeschlagen werden: D. 48,24,1 und 3. F. VITTINGHOFF: *Der Staatsfeind in der römischen Kaiserzeit* (Speyer 1936) 43 ff.; B. FABBRINI, *La deposizione di Gesù nel sepolcro e il problema del divieto di sepoltura per i condannati*, SDHI 61 (1995) 98 ff., bes. 134 ff., 159 ff.; MAYER-MALY: *Deposizione e sepultura*, ebenda 83–96. Das Verbot der Bestattung war nach antiker Ansicht eine schimpfliche Verschärfung der Todesstrafe: BLINZLER 282 ff.

⁸⁸ Die Sichtbarkeit der Galgen diente im Mittelalter der Abschreckung von Missetätern und von fahrendem Volk: A. ERLER, *Art. Galgen*, HRG I (1971) 1375 ff.

⁸⁹ Etwa durch absichtlich verdrehte Wegweiser. Römische Meilensteine mit eingemeißelten Entfernungsangaben waren nicht so leicht zu verfälschen.

⁹⁰ Auch Sklaven waren als Zuschauer zu den Spielen zugelassen (D. 21,1,65 pr.) und konnten so dem furchterregenden öffentlichen Strafvollzug beiwohnen.

⁹¹ Bis zum Termin einer dafür geeigneten Massenveranstaltung wurden die Verurteilten in Haft gehalten: J.-U. KRAUSE 1996, 228. Bulla Felix gelang die Befreiung zweier zum Tod in der

Die Zwecke von Buße und Kriminalstrafe nach römischen Rechtsquellen – 435

Weise vollzog man beispielsweise die Hinrichtung der brüchtigen Räuberhauptlinge Selouros (um 30 v. Chr.) und Bulla Felix (ca. 207 n. Chr., vgl. o. Fn. 78)⁹² Gesteigert würde die Abschreckung, wenn ein Herold zuvor den Grund ihrer Tötung verkündete oder sie ein entsprechendes Schild um den Hals trugen (vgl. Fn.75).

7. Wo bestimmte Vergehen gehäuft verübt werden, verlangt der Abschreckungszweck geschärfte Strafandrohungen.⁹³ Über regionale Strafschärfungen berichtet Claudius Saturninus in seinem Werk über die Bestrafung von Zivilpersonen,⁹⁴ D. 48,19,16,10: „Zuweilen werden die Todesstrafen für bestimmte Übeltäter verschärft, wo gegen besonders viele sich als Wegelagerer herumtreibende Personen ein Exempel (zu statuieren)⁹⁵ nötig ist.“⁹⁶ Über die Arten der gegen Räuberbanden verhängten verschärften Todesstrafen haben wir soeben von Callistratus gehört. Saturninus berichtet in D. 48,19,16,9 auch über von Landstrich zu Landstrich unterschiedlich hohe Strafzumessungen für dieselben Vergehen: In manchen Provinzen würden sie strenger bestraft, in der römischen Provinz Africa das Inbrandstecken (reifer) Kornfelder,⁹⁷ in Mösien (heute Serben/Bulgarien) das Abbrennen von Weinbergen, an Orten mit Erzbergwerken die Vergehen der Münzfälscher

⁹² GRÜNEWALD 100–102 und 172.

⁹³ DILIBERTO 1992, 318 ff. – *Multitudo peccantium non exonerat, sed magis aggravat*: LIEBS, Lateinische Rechtsregeln Nr. M 81 (ohne nähere Quellenangabe). „Eine Mehrzahl von Straftätern entlastet nicht, sie erschwert eher.“ Mit dem Hinweis, viele andere Delinquenten begingen gleiches Unrecht, kann sich niemand entschuldigen. Gegen üble Gewohnheiten muss man um so schärfer einschreiten. (LIEBS denkt allerdings eher an gemeinschaftlich verübte Straftaten).

⁹⁴ *De poenis paganorum*. Paganus hier = Zivilist, im Gegensatz zu den Militärstrafen. Dazu D. LIEBS, Africa (o. Fn. 75) 23 f.; DERS., Handbuch (o. Fn. 81) 214. Dieser Saturninus war vermutlich ein mit juristischen und rhetorischen Grundkenntnissen vertrauter kaiserlicher Funktionär zur Zeit der Antoninen; so (etwas abweichend von Liebs) DILIBERTO 1992, 318 ff., 325 f. Mehrere *Saturnini* sind zu unterscheiden, s. CANNATA, in: *Iuris vincula*, Studi Talamanca I (Napoli 2001) 355–372.

⁹⁵ Die (in den Rechtsquellen nicht vorkommende) Wendung *exemplum statuere* ist schon klassisches literarisches Latein: KORNHARDT (o. Fn. 11) 38.

⁹⁶ D. 48,19,16,10: *Nonnumquam evenit, ut aliquorum maleficiorum supplicia exacerbentur, quotiens nimium multis personis grassantibus exemplo opus sit*.

⁹⁷ Anscheinend ein charakteristisches Vergehen für Africa: LIEBS (Fn. 75) 40 f. mit Hinweisen auf die agrarischen Verhältnisse. Vom Inbrandsetzen fremder reifer Kornfelder oder Weinberge versprach sich der Täter (außer der absichtlichen Schädigung eines vielleicht verhassten Nachbarn) vermutlich die Ausschaltung von konkurrierenden Anbietern auf dem Markt und infolge dessen eine Steigerung der Verkaufspreise für die eigenen landwirtschaftlichen Produkte. Weitere Vergehen gegen Winzer erwähnt R. WILLVONSEDER: *Roms Juristen und der Wein*, Festschrift Mayer-Maly (2002) 877, 882 f.

(wohl weil sie sich dort leichter ihre Rohmetalle beschaffen können).⁹⁸ Bandenmäßig verübte Viehdieberei (oft unter Mitführung von Waffen) soll nach einem von Hadrian in die spanische Provinz Baetica gerichteten Reskript sehr hart (*durissime*) mit dem Schwert bestraft werden, allerdings nicht überall, sondern nur dort, wo diese Verbrechenart häufiger vorkommt; ansonsten wird sie nur mit Zwangsarbeit (im Bergwerk), zuweilen bloß zeitlich befristet, geahndet.⁹⁹

8. Zwecks Einschärfung der militärischen Disziplin findet sich die exemplarische Bestrafung der „Feigheit vor dem Feind“ in D. 49,16,6,3: „Wer in der Schlachtreihe als erster die Flucht ergriff, der ist vor den zuschauenden Kämpfern¹⁰⁰ des Beispiels halber mit dem Tode zu bestrafen.“ Wer sich als erster in vorderster Schlachtreihe in die Flucht schlagen lässt, dem folgen seine Kommilitonen nach. Deswegen darf keiner als erster fliehen: Einem jeden soll eingeschärft werden, dass er dann sein Leben in jeden Falle verliert: wenn nicht von Feindes Hand, dann durch standgerichtliche Exekution auf Befehl des Kommandanten.

9. Das Bedürfnis, Räuberhäuptlinge und Rädelsführer von Aufständischen unverzüglich exemplarisch zu bestrafen, kann nach dem Spätklassiker Modestin D. 49,1,16 sogar zur Beschneidung ihres Rechtsmittels der Appellation führen. Der Text wird oft vergrößernd geradezu als ein Verbot der Appellation für diese Schwerstkriminellen verstanden.¹⁰¹ Doch hing ihre sofortige Exekution während schwebender Appellation im Einzelfall vom pflichtmäßigen Ermessen des Magistrats ab:

D. 49,1,16 (Modestinus *libro sexto differentiarum*): Constitutiones, quae de recipiendis nec non appellationibus loquuntur, ut nihil novi fiat, locum non habent in eorum persona, quos damnatos statim puniri publice interest: ut sunt insignes latrones vel seditionem concitatores vel duces factionum.

„Kaiserliche Bescheide, welche anordnen, dass während der Annahme oder Nichtannahme der Appellation nichts verändert werden dürfe,

⁹⁸ Das heißt natürlich nicht, dass es sich bei den Münzvergehen geradezu um ein „*crimine locale*“ handelte; so (leicht übertrieben) F. SALERNO 2003, 29 m. weit. Lit. Weiteres über Münzfälschungen bei LIEBS 1983, 163–170.

⁹⁹ D. 47,14,1pr. = Collatio 11,7,1; DILIBERTO 1992, 313. Aufschlussreiche Einzelheiten bei P. HERZ; Latrocinium und Viehdiebstahl, in I. Weiler (Hrsg.), Soziale Randgruppen und Außenseiter im Altertum (Graz 1988) 221–241, 232; GRÜNEWALD (Fn. 76) 43 f.

¹⁰⁰ *Spectantibus militibus* wird dem Sinne nach auf die Exekution der Strafe, nicht auf die Flucht zu beziehen sein. Zweifelnd (aufgrund unterschiedlicher Interpunktion) V. GIUFFRÉ: *Testimonianze sul trattamento penale dei milites* (Napoli 1989) 50 ff. Fn. 7. Entschieden anders GIUFFRÉ, *Lecture e ricerche sulla res militaris II* (Napoli 1996) 544 f.

¹⁰¹ So ROBINSON 1996, 11 (bei Fn. 141); GRÜNEWALD (o. Fn. 76) 23 f.; einschränkend SANTALUCIA 1998, 231.

finden keine Anwendung auf verurteilte Personen, *deren sofortige Bestrafung im öffentlichen Interesse liegt*, wie Häuptlinge von Räuberbanden, Anstifter von aufrührerischen Erhebungen oder Anführer von Verschwörungen.“

Als *iudex a quo* entschied der Provinzstatthalter zunächst über die Annahme oder Nichtannahme der Appellation; in beiden Fällen hatte er darüber dem Kaiser als *iudex ad quem* zu berichten.¹⁰² Vor dem Vollzug der Strafe war grundsätzlich der kaiserliche Bescheid abzuwarten (D. 28,3,6,9). Vor dem Eintritt der Rechtskraft galt der Appellant noch nicht als verurteilt (*si provocet, nondum damnatus videtur*: Ulpian D. 48,19,2,2). Die vorgeschriebene höchstrichterliche Überprüfung von Verurteilungen wegen Kapitalverbrechen war eine Kontrollmaßregel, da die Statthalter selten ausgebildete Juristen waren. Das Fehlen präziser Strafnormen (zumal über das Strafmaß) führte zu Rechtsunsicherheit.¹⁰³ Bis zum Eingang der schriftlichen Urteilsbestätigung durfte der Statthalter an seiner Entscheidung nichts ändern.¹⁰⁴ Die von Modestin genannten Anführer krimineller Vereinigungen¹⁰⁵ verdienten jedoch ausnahmsweise im Interesse der Staatsräson die sofortige Exekution. Hier schimmert die Neigung durch, dass manifeste Verbrecher einen „kurzen Prozess“ verdient hätten; ihren Taten müsse die Bestrafung „auf dem Fuße folgen“. Wo vom Todesurteil bis zur Hinrichtung (wie gegenwärtig in den USA) viele Monate, wenn nicht Jahre vergehen, wird die Todesstrafe gewiss irrisorisch. Die Einlegung der Appellation ist aber ein Rechtsmittel jedes Verurteilten und kein Gnadengesuch. Die Grundfrage ist, woher der die sofortige Exekution anordnende *iudex a quo* seine Gewissheit herleitet, dass sein Urteil der Wahrheit entspricht, wenn der Verurteilte seine Schuld bestreitet. Das kann bei geständigen Angeklagten zu bejahen sein, oder wenn das Rechtsmittel ersichtlich nur zwecks Verzögerung eingelegt wurde.¹⁰⁶ Ansonsten liegt gerade die Überprüfung von Todesurteilen (besonders angesichts der Irrevisibilität der Todesstrafe) und nicht ihre sofortige Vollstreckung im öffentlichen Interesse.¹⁰⁷ Was spricht gegen einen Aufschub

¹⁰² Vgl. F. ARCARIA: *Referre ad principem* (Milano 2000), bes. 213 ff.; zur Stelle kurz S. 265.

¹⁰³ J.-U. KRAUSE: *Gefängnisse* 1996, 231 f.

¹⁰⁴ D. 49,7,1pr. ff.; M. CAMPOLUNGH: Gli effetti sospensivi dell'appello in materia penale, *BIDR* 75 (1972) 152 ff.; SANTALUCIA 1998, 221. Vgl. heute § 308 ZPO.

¹⁰⁵ Auch *princeps sceleris* o. ä. genannt (D. 11,3,10); MOMMSEN, *Strafrecht* 98 Fn. 4.

¹⁰⁶ Vgl. Pauli Sent. 5,35,2. Ein kurioses Beispiel für unerhebliches Vorbringen in D. 48,19,6pr.; WACKE 1993, 396 f.

¹⁰⁷ Das betont insoweit zutreffend CAMPOLUNGH 210 ff., bes. 215. Ein „vorläufig vollstreckbares Todesurteil“ wäre ein Widerspruch in sich. Campolunghi denkt deshalb hier primär an eine reversible Verbannungsstrafe. Diese kommt aber dem Zusammenhang nach (jedenfalls für *humiliores*) nicht in Betracht. TH. HONSELL: Gemeinwohl und öffentliches Interesse im klass. röm. Recht, *SZ* 95 (1978) 93–137 geht auf unseren Text (und überhaupt auf strafrechtliche Fragen) soweit ersichtlich nicht ein.

der Hinrichtung?¹⁰⁸ In der Rechtsgeschichte dauerte es lange, bis sich die Überzeugung ganz durchsetzte, dass auch manifeste Verbrecher ein Recht auf richterliches Gehör (auch in der Revisionsinstanz) haben.¹⁰⁹

Modestins Lehrer Ulpian erlaubt in D. 28,3,6,9 ebenfalls die Strafvollstreckung ausnahmsweise vor dem Eingang der schriftlichen Urteilsbestätigung durch den Kaiser gegen die genannten Rädelsführer von Räuberbanden, von Aufständischen oder aus anderen wichtigen Gründen, welche keinen Aufschub dulden und anschließend alsbald dem Kaiser zu erläutern sind, „nicht der Eilbedürftigkeit des Strafvollzuges wegen, sondern um Gefahren vorzubeugen“ (*non poenae festinatione, sed praeveniendi periculi causa*). Die sofortige Exekution verurteilter Rädelsführer trotz schwebender Appellation durfte der Magistrat demnach offenbar auf seine Verantwortung¹¹⁰ wegen des kriminalpolitischen Bedürfnisses anordnen, um der Bande das Haupt abzuschlagen und damit ihre Organisation im Kern zu zerstören.¹¹¹ War ein Ratsherr (*decurio*) wegen Totschlags verurteilt, so bedurfte dementsprechend die Vollstreckung nach Modestin D. 48,8,16 ausnahmsweise dann keiner vorherigen kaiserlichen Bestätigung, wenn ein Aufruhr nicht anders gestillt werden konnte (*si... tumultus aliter sedari non potest*).¹¹² „Je größer die Gefahr, desto skrupelloser die Methoden ihrer Bekämpfung.“¹¹³ Angesichts der lange dauernden Korrespondenz-Übermittlung aus der Provinz hin zum Kaisergericht und zurück mochte die Gefahr bestehen, dass Gesinnungsgenossen den zur Exekution gefangenen Gehaltenen zu befreien suchten. Ein sofortiger Strafvollzug konnte dann also auf Kosten präziser Schuldfeststellung im Einzelfall im Interesse der öffentlichen Sicherheit geboten sein: ein Symptom für die schon zur Prinzipatszeit in den Provinzen bestehende Schwäche staatlicher Gewalt, die sich in Extremfällen außer Stande sah, aufrührerischen Umtrieben mit anderen, rechtsstaatlicheren Mitteln zu trotzen.

10. Des schlechten Beispiels wegen wurden zuweilen auch unvorsätzlichen Handlungen exemplarisch bestraft, besonders wenn durch die Verabreichung

¹⁰⁸ Auf Anordnung kaiserlicher *mandata* waren Hinrichtungen mit dem Schwert unverzüglich, spätestens binnen eines Jahres zu vollstrecken: Collatio 11,7,4; vgl. PS 5,17,2. Faktisch war die Frist oft länger. Zu Mindestfristen aus republikanischer Zeit s. MOMMSEN 91 ff.; J.-U. KRAUSE 1996, 223-247; vgl. Rez. G. KLINGENBERG, SZ 115 (1998) 621.

¹⁰⁹ Vgl. WACKE 1993, 388 f. Nach VANTIUS (1552) selbst dann, wenn über den Satan in Person zu urteilen wäre.

¹¹⁰ Seine Verantwortung betont zutreffend MOMMSEN 1899, 470.

¹¹¹ Nach der spektakulären Hinrichtung des charismatischen Briganten Bulla Felix sind die nicht weiter verfolgten zahlreichen Mitglieder seiner Bande offenbar tatsächlich in alle Winde zerstoßen, vgl. BELLEN, Sklavenflucht (Fn. 205) 105; GRÜNEWALD 172.

¹¹² Zur *Maxime Ne occasio sit maioris tumultus faciendi* (D. 50,17,176pr.) siehe WACKE, in: B. C. M. Jakobs/E. C. Coppens (Red.), Een Rijk Gerecht, Opstellen [Festschrift] P. L. Nève (Nijmegen 1998) 596 ff.

¹¹³ So, in ähnlichem Zusammenhang, LANATA (u. Fn. 241) 304.

schädlicher Medikamente ein Mensch zu Tode kam.¹¹⁴ Aufgrund eines Senatsbeschlusses wurde eine Frau relegiert, die ein konzeptionsförderndes Mittel verabreichte, nach dessen Einnahme die Patientin gestorben war.¹¹⁵ Die Beschuldigte tat dies *non quidem malo animo, sed malo exemplo*: Sie handelte also zwar „nicht aus böser Absicht, gab damit aber ein schlechtes Beispiel“. Dieses Wortspiel könnte dem Senatsbeschluss wörtlich entnommen sein. Die Verabreichung von Abtreibungsmitteln oder Liebestränken wurde als Gefährdungsdelikt ebenfalls des schlechten Beispiels wegen (*quia mali exempli res est*) auch ohne Todesfolge schwer bestraft;¹¹⁶ offenbar weil Scharlatane mit dem Aberglauben ihrer Mitmenschen gute Geschäfte machten. Stirbt jemand nach Einnahme eines derartigen Mittels, soll der leichtfertig Handelnde gleichfalls zum Tode verurteilt werden. Dieser Strafschärfung zufolge ist die missbilligte Verabreichung solch zweifelhafter Mixturen ein erfolgsqualifiziertes Delikt.¹¹⁷

11. In kaiserlichen Konstitutionen ab dem 3. Jahrhundert finden exemplarische Bestrafungen ihre Fortsetzung. Nach Alexander Severus C. 4,55,1pr.-2 (von 223 n. Chr.) verkauften Sklaven ihren eigenen Herrn unter Exportationsauflage. Ein späterer Käufer ließ ihn frei. Wusste der angeklagte erste Käufer von dem schändlichen Handel (machte er also mit den perfiden Sklaven gemeinsame Sache), dann solle „der zuständige Richter das abscheuliche Vergehen zur Abschreckung mit der Todesstrafe rächen“ (*exsecrabile delictum in exemplum capitali poena vindicabit*).¹¹⁸

Ende des 3. Jh. n. Chr. wurden einem Bericht des *praefectus Urbi* zufolge öfters Sklaven, zuweilen sogar Freigeborene, von Menschenräubern aus Rom

¹¹⁴ Dazu WACKE, RIDA 26 (1979) 531 ff. Siehe PS 5,23,19: Relegation für *honestiores*, Todesstrafe für *humiliores*. Dabei wird mangelnde ärztliche Fachkunde (*imperitia*) vorauszusetzen sein, wie in Ulpian D. 1,18,6,7: „Zufälligen Tod des Patienten darf man niemandem vorwerfen. Unter dem Vorwande allgemeinemenschlicher Gebrechlichkeit dürfen aber die Vergehen derjenigen, die in Gefahr befindliche Personen (über ihre unzureichenden medizinischen Kenntnisse oder über die Wirksamkeit des Mittels) täuschen, nicht entschuldigt werden.“ Dazu WACKE: Die Anerkennung der Medizin als *ars liberalis*, SZ 113 (1996) 389.

¹¹⁵ D. 48,8,3,2. Nach der milden Verbannungsstrafe zu urteilen, gehörte die Angeklagte (vielleicht eine Art Hebamme) vermutlich zu den *honestiores* (vgl. vorige Fn.). – Giftmord war ein typischerweise von Frauen verübtes Verbrechen. Ansonsten waren Frauen unter den Straftätern deutlich unterrepräsentiert: KRAUSE 1996, 170 ff. Vgl. unten Fn. 233.

¹¹⁶ *Humiliores* zu Bergwerksarbeit, *honestiores* zu Deportation und partiellem Vermögensverlust: PS 5,23,14 = D. 48,19,38,5. Zum *malum* oder gar *pessimum exemplum* s. die Angaben bei WACKE 1979, 533 Fn. 97 und SZ 112 (1995) 314 f.

¹¹⁷ Die Todesfolge musste ihrerseits (wie vor der Reform unseres § 18 StGB) nicht zusätzlich mindestens fahrlässig verursacht sein.

¹¹⁸ Eine Aufforderung an den Richter, die *poena capitalis* mit äußerster Strenge zu verhängen: so R. LAMBERTINI: *Plagium* (Milano 1980) 159 f. Zur Apposition '*exsecrabile*' (*delictum*) 'entsetzlich, verwünschungs-, fluchwürdig' s. B. SANTALUCIA: *I libri opinionum di Ulpiano I* (Milano 1971) 144 f.; T. SPAGNUOLO VIGORITA: *Exsecranda perniciis* (Napoli 1984) 93 f.

nicht in solcher Vermessenheit Sklaven oder Freie aus der Stadt zu entführen sich getrauen“ (C. 9,20,7, anno 287).¹¹⁹

Zeigt ein Sklave seinen Herrn wegen des Verdachts einer Straftat an, soll er nach Gratian C. 10,11,6 (anno 382) „zur Abschreckung aller übrigen Verräter mit der härtesten Strafe belegt werden“ (*in exemplum omnium proditorum severissimae sententiae subiurgari*), selbst wenn die Bezeichnung nachweislich der Wahrheit entspricht (Majestätsverbrechen ausgenommen). Dem Schutze der Privatsphäre wird hier der Vorrang vor der Verbrechensaufklärung eingeräumt, soweit nicht die Staatsräson berührt wird.¹²⁰ Sklaven durften demnach nichts ihren Herren Nachteiliges offenbaren, diesbezüglich auch nicht peinlich befragt werden. Andererseits durften Sklaven aber auch keine Straftaten auf Befehl ihrer Herren begehen.¹²¹

12. Gegen die Ausbeutung von Provinzeinwohnern verordneten Gratian und seine Mitkaiser 382 n. Chr. in C. 9,27,1 = CTh. 9,27,3 die Strafe des Vierfachen mit dem einleitenden Satz: *Ut unius poenae metus possit esse multorum*, „damit die Bestrafung des einen vielen (anderen) Furcht einflößen (zum abschreckenden Beispiel dienen) möge.“ Diese einprägsamen Worte bilden gewissermaßen das Motto über der hier behandelten Grundidee der Generalprävention.¹²² Die Gretchenfrage, ob es legitim sei, einen straffällig Gewordenen als „Sündenbock“ für viele potentielle Täter zu opfern, hätten die römischen Juristen wohl ohne großes Zögern bejaht.¹²³ Justinian erklärt jedenfalls in seiner Dienstinstruktion an den Prokonsul von Kappadozien, in der Novelle 30,11pr. von 536: Ehebruch, Mord und ähnliche Verbrechen solle er so streng bestrafen, „dass durch die Hinrichtung weniger Menschen alle übrigen auf Dauer im Zaum gehalten werden“ (*upote paucorum hominum supplicio omne quod reliquum est perpetue temperetur*)...: „Es ist nämlich nicht

¹¹⁹ Nach LAMBERTINI 174 ff. „una pietra miliare nell'evoluzione sanzionaria del *crimen plagii*.“ Nach LAURIA: Appunti sul plagio, *Annali Macerata* 8 (1932) 203, zitiert von BELLEN (u. Fn. 205) 57, (vgl. S. 59) zielte Diokletians Erlass auf „eine zeitweilige und örtlich begrenzte Verschärfung der für das *plagium* im ganzen Reich geltenden Strafpraxis.“

¹²⁰ D. LIEBS: *Der Schutz der Privatsphäre (sic)* in einer Sklavenhaltergesellschaft: Aussagen von Sklaven gegen ihre Herren, *BIDR* 83 (1980) 147–189 (S. 178, 188); O. ROBINSON: *Slaves in Criminal Law*, *SZ* 98 (1981) 213–254, 236, 241; weit. Hinw. bei KASER, *RP II*² 127.

¹²¹ D. 25,2,21,1; D. 44,7,20: WACKE: *Die Menschenwürde von Sklaven etc.*, in: *Festschrift Mayer-Maly* (o. Fn. 50) 833 f.; Echtheit zu Unrecht verdächtigt von P. DEL PRETE, *La responsabilit  dello schiavo nel diritto penale romano* (1937, ristampa 1972) 120 ff., 127 ff., 193 f.

¹²² Nach NAGLER 149 f. Fn. 5 eine fast sprichwörtliche, noch im 19. Jh.  fters zitierte Wendung. Bei WANDER (o. Fn. 8) s. v. Strafe finden sich hierzu die folgenden gleichbedeutenden Sinnsprüche: Eines Strafe schreckt viele. Strafe bessert den einen und schreckt den anderen. Wer einen stra t, droht hundert. *Unum qui castigat, centum emendat. Poena unius est multorum metus. Chi castiga uno, mette paura a cento. Chi uno n  castiga, molti altri n  minaccia.*

¹²³ BUONAMICI 191 führt eine Reihe von literarischen Belegstellen ähnlichen Inhalts an. Auch CUIACIUS u. Fn. 198.

unmenschlich, vielmehr der höchste Grad der Menschlichkeit, wenn durch Bestrafung Weniger vieles in Ordnung kommt“ (*non enim inhumanum est hoc, maxima magis humanitas, dum paucorum correctione multum salvum est*).

13. Härteste Abschreckungspolitik liegt insbesondere schon dem berüchtigten SC *Silanianum* vom Beginn des Prinzipats (10 oder 17 n. Chr.) zugrunde. Nach gewaltsamer Ermordung eines Römers waren alle seine zur Tatzeit in Rufweite befindlichen Sklaven der peinlichen Befragung auszusetzen. Hatten sie ihm nicht erweislich Beistand geleistet, galten sie als mitschuldig; darum war ihre Hinrichtung anzuordnen.¹²⁴ Ulpian D. 29,5,1pr. rechtfertigt den von ihm ausführlich kommentierten Senatsbeschluss mit der Begründung, dass anderenfalls kein römisches Haus vor Nachstellungen durch Angehörige oder Fremde sicher sein könne.¹²⁵ Nach der Ermordung des Stadtpräfekten L. Pedanius Secundus im Jahre 61 n. Chr. wurden deshalb vierhundert seiner Sklaven zum Tode verurteilt. Bei den Beratungen im Senat über deren eventuelle Begnadigung rechtfertigte C. Cassius Longinus deren Hinrichtung in einer Rede mit dem Kernsatz: *Habet aliquid ex iniquo omne magnum exemplum, quod contra singulos utilitate publica rependitur*: „Jedes große Strafexempel enthält ein Stück Ungerechtigkeit, da es einzelne trifft; durch den öffentlichen Nutzen wird dies aber aufgewogen.“¹²⁶

VI. Der Besserungsgedanke

1. Der in einem Fragment des Spätclassikers Iulius Paulus plakativ herausgestellte Besserungszweck der Geldstrafe wirkt im dortigen Zusammenhang ein wenig naiv:¹²⁷

D. 48,19,20 (Paulus *libro octavo decimo ad Plautium*): Si poena alicui irrogatur, receptum est commenticio iure, ne ad heredes transeat. Cuius rei illa ratio videtur, *quod poena constituitur in emendationem hominum*: Quae mortuo eo, in quem constitui videtur, desinit.

(Paulus im 8. Buch zu Plautius): „Von einer jemandem auferlegten Strafe ist in der Rechtsliteratur anerkannt,¹²⁸ dass sie nicht auf die Erben

¹²⁴ Blinde und Taubstumme wurden allerdings verschont; sie hatten *venia* (Gnade) verdient. Keine Begnadigung im technischen Sinne: WALDSTEIN 1964, 142; A. KÜSTER: *Blinde und Taubstumme im römischen Recht* (Köln u. a. 1991) 66 f.

¹²⁵ D. DALLA, *Senatus Consultum Silanianum* (Milano 1980), zum Zweck S. 2 ff., bes. 77 ff.

¹²⁶ Tacitus, *Annales* 14,44,4; H. BELLEN: *Antike Staatsräson*, *Gymnasium* 89 (1982) 449 ff.; J. G. WOLF: *Das SC Silanianum und die Senatsrede des C Cassius Longinus* (Heidelberg 1988), bes. S. 16 f.

¹²⁷ Eingehender Literaturbericht zur Stelle bei JOSÉ MARÍA BLANCH NOUGÈS: *La intransmisibilidad de las acciones penales en Derecho romano* (Madrid 1997) 65 ff.

¹²⁸ *Receptum est commenticio iure*: ein schwer zu übersetzendes *hapax legomenon*. Bisherige

übergeht. Der Grund dafür liegt darin, *dass eine Strafe zur Besserung der Menschen verhängt wird*. Dieser Grund entfällt, wenn derjenige gestorben ist, dem sie auferlegt wurde.“

Da die passive Vererblichkeit von Strafen verneint wird, kann der Text nur solche Strafen betreffen, die ihrer Natur nach auf den Erben übergehen könnten. Dafür kommen nur Geldstrafen oder Geldbußen in Betracht (besonders wegen Diebstahls, die *poena furti*, D. 47,1,1pr.). Deren passive Unvererblichkeit begründet Paulus mit ihrem Besserungs- oder Erziehungszweck: Er entfalle mit dem Tode des Bestraften als gegenstandslos. Ein Verstorbener lässt sich nicht mehr resozialisieren. Mit einem Hinweis auf die Höchstpersönlichkeit von Strafen wäre dies einfacher zu begründen gewesen.¹²⁹ Die zu weit geratene Formulierung erweckt den Anschein, als diene jede Strafe der Besserung des Täters. Auf die bei den Römern weit verbreitete Todesstrafe bezogen, klänge der Hinweis auf den Besserungszweck jedoch wie blanker Hohn. Hinrichtung und Erziehung zum Besseren schließen einander aus. Die Textaussage enthält im doppelten Sinne eine grobe Vereinfachung, weil sie nicht auf alle Arten von Strafen passt und auch nur ein Strafzweck von mehreren herausgegriffen wird. MOMMSEN (S. 4 Fn. 1) hielt dies nicht zu Unrecht für einen „flachen Gedanken“.¹³⁰ Dass auch Geldstrafen eine Besserungsfunktion zugeschrieben wird, ist immerhin bemerkenswert. Für den Verletzten haben Geldbußen aber zuweilen auch eine Genugtuungsfunktion.¹³¹ Paulus hatte reine, auf *poena tantum* gerichtete Bußklagen vor Augen. Was nötigte ihn zu einer so ausführlichen, lehrhaft (und hohl) klingenden Begründung? Die passive Unvererblichkeit von Deliktsbußen stand schon für Gaius 4,112 als *certissima iuris regula* fest.¹³² Paulus verneinte hier vermutlich

(aber kaum überzeugende) Übersetzungsvorschläge: erdachtes, erfundenes, ideales Recht (so H. M. LENZ [o. Fn. 65] S. 46); neues Recht (*ius novum*: so VOCI, ihm zustimmend BLANCH NOUGÈS S. 67 f. Fn. 140). Beides passt nicht zu Gaius 4,112: Die passive Unvererblichkeit von Bußklagen war schon für ihn eine *certissima iuris regula*. Ulpian D. 47,1,1pr. nennt dies eine *civilis constitutio*. Zu folgen ist HEUMANN/SECKEL: *Handlexikon s. v. ‚commenticius‘: auf Erklärung* (Auslegung) der Juristen beruhend. Dieser Nebenpunkt ist für den Tenor der Entscheidung jedoch unerheblich.

¹²⁹ NAGLER S. 154. Die Besserungsidee hält er hier für bloße Dekoration. Vgl. oben Fn. 65 und Ziffer 5 a. E. zu D. 24,3,36.

¹³⁰ Vgl. A. LOVATO, SDHI 55 (1989) 431, 432 Fn. 30. Auch für GIOFFREDI, Principi 54 steht der von den Juristen relativ selten berührte Besserungsgedanke in diesem Paulustext isoliert.

¹³¹ Zumal bei den gemischten Strafklagen. Gaius 4, 6-9. Vgl. M. KASER: *Das römische Privatrecht I* (2. Aufl. 1971) 501 f. Bei der Umdeutung antiker Bußklagen in Ersatzklagen (bes. aus der *lex Aquilia*) in der Rezeptionsgeschichte war es ein wichtiges Ziel, deren passive Vererblichkeit abweichend von den Quellen durchzusetzen: beeinflusst vom kanonischen Recht erst im 18. Jahrhundert anerkannt; HORST KAUFMANN: *Rezeption und usus modernus der actio legis Aquiliae* (Köln/Graz 1958) 95 ff., 102.

¹³² Gegen die Vererblichkeit bereits Cicero *De nat. deorum* 3,90; G. KLINGENBERG, SZ 115 (1998) 608. LIEBS, Rechtsregeln Nr. P 59.

die Vererblichkeit einer durch Urteilsspruch bereits erkannten Geldstrafe (*poenam irrogare* heißt technisch ‚eine Strafe verhängen‘). Ein schwebender Strafprozess erlischt mit dem Tode des Angeklagten von Rechts wegen nach der *Maxime Crimen extinguitur mortalitate*.¹³³ Dieser Grundsatz muss fortgelten, wenn der Angeklagte nach seiner Verurteilung stirbt.¹³⁴

2. Zur Regierungszeit Hadrians (117–138 n. Chr.) ereignete sich in der südspanischen Provinz Baetica (heute Andalusien) anlässlich eines Festmahls ein tödlicher Unfall, als ein junger Mann beim Prellen auf einem gespannten Tuch zu Boden fiel und nach fünf Tagen seinen Verletzungen erlag. Der Statthalter verbannte den für den Sturz Verantwortlichen, der aus grobem Leichtsinn den Tod verursacht hatte (*cum per lasciviam causam mortis praebuisset*), vermutlich weil er unachtsam das Tuch nicht genügend festgehalten hatte, auf fünf Jahre. Für eine Bestrafung fahrlässig begangener Körperverletzungen mit Todesfolge gab es keine Rechtsgrundlage. Dennoch erschien es dem Statthalter angezeigt, kraft seiner Koerzitionsgewalt „die aus Übermut begangene Fahrlässigkeit zu bestrafen, damit die übrigen jungen Leute dieses Alters gebessert würden“ (*cupiditatis culpam coercendam credidi, ut ceteri eiusdem aetatis iuvenes emendarentur*).¹³⁵ „Gebessert“, lautet die amtliche Begründung des Statthalters; eher gemeint ist jedoch: „abgeschreckt“.¹³⁶ Die nicht ungefährliche, volkstümliche Neckerei des Prellens erfreute sich nämlich speziell in Spanien besonderer Beliebtheit. Dieses regionale Brauchtum erforderte (wie nach den oben V 7 gebrachten Beispielen) zwecks Verhinderung von Unfällen nach Ansicht des Statthalters ein exemplarisches Einschreiten.

Ausnahmsweise ist uns hier einmal ein (überdies recht lebensnaher) Prozessbericht aus der Praxis eines mit der Urteilsfällung selbst befassten

¹³³ D. 48,4,11 u. a.; WACKE, SZ 97 (1980) 54, 60 f.; DERS., Juristische Arbeitsblätter 1987, 191–193.

¹³⁴ Vgl. heute §§ 459 c Abs. 3, 465 StPO. Für den Konkursfall § 39 Abs. 1 InsO. Wenn auf bereits erkannte Geldstrafen bezogen, enthält der Text vielleicht doch „eine Abweichung vom strengen Recht“, wie OTTO/SCHILLING/SINTENIS (1832) den rätselhaften Ausdruck *commenticio iure* übersetzen. Trotz rechtskräftig festgesetzter Strafe entfällt sie ohne formgerechte Beseitigung des Urteils aus Billigkeitsgründen. Die heutige gesetzliche Regelung entlastet den Rechtsanwender von der Suche nach einer Lösung und deren Begründung.

¹³⁵ Collatio 1,11,1–4. Dazu WACKE, RIDA 26 (1979) 525 ff.; DERS., Ein Unfall beim Prellen, Rhein. Museum für Philologie 123 (1980) 68–95 = (gekürzt) Juristische Schulung 1980, 202–210; umfassende weitere Hinweise in ARCARIA (o. Fn. 102) 222 ff.; schließlich GUARINO; Pagine (u. Fn. 180) VII 299 ff.

¹³⁶ Bezieht sich *ceteri eiusdem aetatis iuvenes* auf den engeren Kreis der am Unfallgeschehen beteiligten (und darüber als Zeugen vernommenen) Kameraden und Tischgenossen des Getöteten und des Angeklagten, dann ist deren Besserung bezweckt. Sind hingegen (da eine solche Beschränkung aus dem Text nicht hervorgeht) „alle Jugendlichen dieser Altersklasse“ gemeint (und sei es auch nur in der vom Statthalter regierten Provinz), dann ist deren Abschreckung das Ziel.

hohen Richters über einen tatsächlichen Vorfall überliefert. Der Bericht ist an den Kaiser gerichtet; das Strafmaß wurde von Hadrian mit lakonischen Worten bestätigt.¹³⁷ Die Schilderung des Tathergangs nahm Justinian absichtlich nicht in seine Gesetzgebung auf. Aber unter unmissverständlicher Anspielung auf den auch unter den Jugendlichen von Beryt und Konstantinopel verbreiteten, zuweilen sogar gegen Professoren gerichteten Schabernack verbot Justinian in seiner Ende 533 n. Chr. erlassenen juristischen Studienordnung unter strengster Strafandrohung solche „unwürdigen und niederträchtigen, eher auf Sklaven passenden Streiche, deren Effekt Körper- und Ehrverletzung ist.“¹³⁸ Aus Furcht vor Nachahmung vermied es Justinian, das Geschehen deutlich mit Namen zu nennen.¹³⁹ Den konkreten Tathergang (entgegen der sensationslüsternden Neugier heutiger Medien) nicht zu beschreiben, ist eine Möglichkeit zu vorbeugender Verbrechenverhütung. Denn es ist besser, rechtzeitig richtig vorzubeugen, als nachträglich streng zu strafen.¹⁴⁰

3. Zum Besserungsgedanken im weiteren Sinne passt auch das Prinzip, Rückfalltäter strenger zu bestrafen. Nachdem die erste, schuldangemessene Bestrafung nichts fruchtete, gilt die Maxime der klassischen Pädagogik: „Wer nicht hören will, muss fühlen.“ Das Wissen um die drohende Strafschärfung für den Wiederholungsfall sollte einsichtige Vorbestrafte von der Verlockung zur Tatwiederholung abhalten. Wer erneut straffällig wird, dessen Schuld wiegt schwerer. Beispiele dafür sind allerdings nur wenige, meistens aus späterer Zeit überliefert.¹⁴¹ Am bekanntesten ist das von Callistratus D. 48,19,28,3

¹³⁷ Nur insoweit (auszugsweise) auch wiedergegeben in D. 48,8,4,1 und D. 48,19,5,2.

¹³⁸ *Constitutio Omnem* § 9; mit Übersetzung abgedruckt in: BEHREND/SKNÜTEL/KUPISCH/SEILER II (1995) 70 f. Zu den akademischen Zuständen und disziplinarischen Maßnahmen an den spätantiken Universitäten anschaulich A. DEMANDT: *Die Spätantike* (München 1989) 361–370 und H. WIELING, Rechtsstudium in der Spätantike, in: A. bonis bona discere, Festgabe J. Zlinszky (Mickolc 1989) 513, 516 ff.

¹³⁹ WACKE: Eine Nachlese zum Volksbrauch des Prellens, *Österreichische Zeitschrift für Volkskunde* 82 (n. F. 33, Wien 1979) 151–166, 155 f.

¹⁴⁰ *Melior est iustitia vere praeveniens quam severe puniens*. Ohne Quellenangabe zit. von LIEBS, Lateinische Rechtsregeln Nr. M 36. Ein Beleg wäre C. 3,27,1 = CTh. 9,14,2 von 391 n. Chr.: *Melius est occurrere in tempore, quam post exitum vindicare*. Die spätantike Konstitution verlieh allerdings jedermann das Recht zu Widerstand und „Selbststrache“ (*ultio*) gegen Soldaten oder Zivilisten, die in Plünderungsabsicht in fremde Grundstücke eindringen oder auf Straßen einen Hinterhalt bereiten, um Reisende zu überfallen. Da ihre gerichtliche Bestrafung zu spät käme, sollten sie sogleich ihre verdiente Strafe erhalten und den Tod, mit dem sie Unschuldige bedrohten, selber erleiden. Ein Zeugnis für die Schwäche und Hilflosigkeit der spätantiken Zentralmacht, selbst ausreichend für die Sicherheit der Reichsuntertanen zu sorgen: Wacke, SZ 106 (1989) 479 f.

¹⁴¹ PS 5,21,1 i. f.: Für Wahrsager Prügelstrafe und Ausweisung aus der Stadt, im Wiederholungsfalle Kerkerhaft (*vincula publica*) und Deportation auf eine Insel; LOVATO 1994, 116 f. (Bestraft wurden Zukunftsdeuter und sibyllinische Propheten, weil sie menschlichen Aberglauben ausbeuteten und Unruhe stifteten: L. DESANTI: *Sileat omnibus perpetuo devinandi curiositas* [Milano 1990] 54 ff., 116). – C. 6,1,4,2 (anno 317 n. Chr.): Wer einen entlaufenen

beschriebene Vorgehen gegen jugendliche Randalierer, die sich bei Volksfesten in manchen Städten zu geräuschvollen Beifallskundgebungen hinreißen lassen¹⁴² (heutigen Fan-Clubs bei Sportveranstaltungen, „Hooligans“ vergleichbar). Wenn sie sich ansonsten nichts zu schulden kommen ließen, werden sie vom Präsidenten ermahnt und nach Verabreichung einer Tracht Prügel entlassen. Ein gegen sie zu verhängender Ausschluss von weiteren Theaterbesuchen dürfte sie besonders empfindlich getroffen haben. Im Wiederholungsfalle haben sie mit Verbannung, schlimmstenfalls (nach weiteren Auffälligkeiten) sogar mit der Todesstrafe zu rechnen.¹⁴³ Von der Hinrichtung im Extremfall abgesehen, handelt es sich um Koerzitionsmaßnahmen gegen jugendliche Unruhestifter, die noch einer Erziehung fähig sind, um die öffentliche Ruhe und Ordnung aufrecht zu erhalten.

4. Gleichfalls um Erziehungsmaßnahmen, aber nicht eigentlich um kriminelles Unrecht geht es in D. 1,16,9,3: Zurechtweisung von Kindern oder Freigelassenen, welche ihren Eltern oder Freilassern gegenüber den gebührenden Gehorsam verweigern.¹⁴⁴ Für den zweiten Fall ausführlicher D. 37,14,1: wegen ungebührlichen Betragens undankbarer Freigelassener gegenüber ihren Patronen abgestufte richterliche Zuchtmaßnahmen, zunächst Rüge, unter Androhung schlimmerer Sanktionen für den Wiederholungsfall.

5. Zwecks Wahrung der Disziplin in der zivilen Verwaltung empfiehlt Ulpian D. 48,19,6,1 dem Prokonsul, Sklaven des eigenen Gefolges oder der ihm untergebenen Hilfsbeamten wegen irgendwelcher Vergehen umgehend selbst zu bestrafen und dies nicht seinem Nachfolger zu überlassen (vermutlich sind staatliche Sklaven gemeint, die trotz des jährlichen Wechsels der

fremden Sklaven vor dessen Herrn in seinem Hause verbirgt, schuldet ihm außer dessen Rückgabe einen gleichwertigen dazu. Beim zweiten Mal schuldet er zwei, beim dritten drei Sklaven oder deren Wert. – Ähnlich C. 10,20,1 (anno 400 n. Chr.): Rückzahlung des Doppelten von zuviel eingetriebenen Abgaben; im Wiederholungsfalle sogar Todesstrafe. – Kein eigentlicher Rückfall ist die in D. 48,19,28,12 vorgesehene Strafschärfung für Wegelagerer (*grassatores*), falls sie gewohnheitsmäßig und bewaffnet auf Beute ausgehen; vgl. BONINI (o. Fn. 74) 100; MORGESE, SDHI 49 (1983) 170 f. – Weitere Quellen bei CARDASCIA (u. Fn. 153) 668.

¹⁴² Dazu BONINI, Callistrato (o. Fn. 74) 101; VANZETTI: *Iuvenes turbulentii*, Labeo 20 (1974) 77–82; GEBHARDT: *Prügelstrafe* 20 ff.; SAAVEDRA-GUERRERO: *Iuvenes en las collegia del Occidente Romano*, in: *Atene e Roma 41* (1996) 24–31; S. RANDAZZO: *Collegia iuvenum*, SDHI 66 (2000) 205 ff.

¹⁴³ “Si amplius nihil admiserint nec ante sint a praeside admoniti, fustibus caesi dimittuntur aut etiam spectaculis eis interdicitur. quod si ita correcti in eisdem deprehendantur, exilio puniendi sunt, nonnumquam capite plectendi, scilicet cum saepius seditiose et turbulente se gesserint et aliquotiens adprehensi tractati clementius in eadem temeritate propositi perseveraverint.”

¹⁴⁴ Im vereinfachten, nicht förmlichen (*de plano*) Verfahren der ‘*iurisdictio voluntaria*’: A. DELL’ORO: *I libri de officio* (Milano 1960) 129 f.; WACKE, SZ 106 (1989) 199. Vgl. heute § 1631 Abs. 3 BGB.

Verwaltungsspitze ihre subalterne Funktion beibehalten). Sofortige Bestrafung sei nötig, damit die durch das Strafexempel Eingeschüchterten weniger straffällig würden (*quod quidem faciendum est, ut exemplo deterriti minus delinquant*). Dem Wortlaut nach eine Maßnahme der Spezialprävention, wird die „exemplarische“ Bestrafung von potentiellen anderen Tätern aber auch als generelle Warnung verstanden worden sein (vgl. zur militärischen Disziplin oben V 8).

Spezial- und Generalprävention sind naturgemäß nicht deutlich voneinander abzugrenzen. Nach D. 27,9,9 (*Ulpiani libro 5. opiniones*;¹⁴⁵ vermutlich auf ein spätklassisches Kaiserreskript zurückgehend) gestattete der Provinzgouverneur einem Vormund entsprechend der *oratio Severi* von 195 n. Chr. die Veräußerung eines Mündelgrundstücks. Der Vormund kaufte dann das Grundstück unter Einschaltung eines Strohmannes heimlich für sich selbst. Ein solches gegen die *bona fides* verstoßendes Geschäft und nichtig.¹⁴⁶ Der Gouverneur (im konkreten Fall sein Amtsnachfolger) soll nach Entdeckung der missbräuchlichen Machenschaft des Tutors überdies „pflichtgemäß erlassen, inwieweit er solch einen listigen Winkelzug auch zur Abschreckung bestrafen müsse“ (*aestimabit, quatenus tam callidum commentum etiam in exemplum coercere debeat*): eine inhaltlich nicht konkretisierte Disziplinarmaßnahme der Obervormundschaft als Aufsichtsbehörde (die auch in einer Entlassung des Vormunds aus dem Amt bestehen konnte).

Ein Untersuchungsrichter (Irenarch)¹⁴⁷ muss nach Antoninus Pius D. 48,3,6,1 gefangen genommene Straßenräuber über etwaige Helfershelfer und Hehler verhören. Das Vernehmungsprotokoll hat er sorgfältig abzufassen und dem Statthalter zu übersenden. Hat der Irenarch das Protokoll ordentlich angefertigt, soll ihn der Statthalter belobigen. Wurde es aber wenig sorgsam aufgesetzt, unter Weglassung von Beweismitteln, soll der Statthalter vermerken, dass der Irenarch unzureichend Bericht erstattet habe. Findet der Statthalter hingegen, dass der Irenarch die Vernehmung absichtlich schlecht durchführte oder Aussagen protokollierte, die der Verhörte gar nicht gemacht hat, dann soll er ihn „exemplarisch bestrafen, damit er solches künftig nicht nochmals versuche“ (*vindicet in exemplum, ne quid et aliud postea tale facere molitur*). Die der Art nach nicht näher konkretisierte Disziplinarstrafe

¹⁴⁵ Dazu B. SANTALUCIA: *I libri opinionum di Ulpiano I* (Milano 1971) 77 ff., vgl. II 230.

¹⁴⁶ D. 26,8,5,3; SANTALUCIA I 79; WACKE: Selbstkontrahieren im römischen Vertretungsrecht, in: *Iuris professio*, Festgabe M. Kaser zum 80. Geburtstag (Wien u. a. 1986) 302 f.

¹⁴⁷ Eigentlich „Friedensherrscher“; in der Provinz mit der Verbrechensverfolgung betraut. Zum Text s. MAROTTA (o. Fn. 52) 292 f. m. weit. Lit. Vermutlich ein Pendant zum lateinischen *latrunculator* in D. 5,1,61,1 (unten Fn 241). Mit „Frieden ist die innere Sicherheit der Provinz, ihre Säuberung von Räubern und Viehdieben gemeint: *ut pacata atque quieta provincia sit*, D. 1,18,13pr. (unten Fn. 239).

Die Zwecke von Buße und Kriminalstrafe nach römischen Rechtsquellen – 447

bezweckt dem Wortlaut nach die Besserung des Gerügten, mithin Individualprävention.¹⁴⁸

Bei guter Leistung verdient der zu beurteilende Irenarch vom Vorgesetzten jedoch Lob. Generell ist es nach Ulpian D. 1,1,1,1 die Aufgabe der Juristen, „die Menschen nicht nur durch Furcht vor Strafe, sondern auch durch Verheißungen von Belohnungen zum Guten zu führen“.¹⁴⁹ Dabei ist besonders an exemplarische Belohnungen zu denken,¹⁵⁰ nicht nur in Anerkennung der Leistungen des damit Ausgezeichneten, sondern auch zum Ansporn anderer. Belohnungen verheißt der Feldherr in anfeuernder Rede vor der Schlacht seinen Legionären für besondere Tapferkeit. Er selber durfte nach siegreicher Heimkehr mit einem ehrenvollen Triumphzug rechnen.¹⁵¹ Zum negativen Recht des Strafens als Zufügung eines Übels müsste einer Anregung RUDOLPH VON JHERINGS zufolge als positive Kehrseite spiegelbildlich auch ein „Belohnungsrecht“ gehören.¹⁵²

6. Fahnenflüchtige junge Rekruten (*tirones*) sollen schließlich, wenn sie nach einiger Zeit freiwillig zu ihrer Truppe zurückkehren, nach D. 49,16,3,9 von Strafe verschont werden. Erst nach ihrer zweiten Flucht soll man sie bestrafen. Insoweit gilt: „einmal ist keinmal“.¹⁵³ Dies ist ein Fall wohldurchdachter Kriminalpolitik.¹⁵⁴ Die Furcht vor Strafe soll junge Deserteure nicht von freiwilliger Rückkehr abhalten.¹⁵⁵ Schon die erste

¹⁴⁸ REIN 83; anders (da die Bestrafung „exemplarisch“ sein soll) GIOFFREDI: *Principi* 53.

¹⁴⁹ Entsprechungen bei Solon und Cicero zitieren BEHREND/KNÜTEL/KUPISCH/SEILER (1995) zdSt. Wie an der Redewendung „Vergelt's Gott“ erkenntlich, hat das Vergeltungsprinzip auch einen positiven Aspekt (vergeltend bedeutet hier eher ‚entgelten‘). Die Italiener sprechen von „funzione retributiva“. Retribuire bedeutet sogar in erster Linie vergüten, bezahlen, entlohnen.

¹⁵⁰ Vgl. KORNHARDT (Fn. 11) 44.

¹⁵¹ A. PETRUCCI: *Il trionfo nella storia costituzionale romana* (Milano 1996).

¹⁵² JHERING: *Der Zweck im Recht I* (Leipzig 1884) 181 ff. Ferner F. DE MARINI AVONZO, *Educare con la storia etc.*, in: *Annali de la Facoltà di Giurisprudenza di Genova* 18 (1980/81) 126 ff. Aus der aktuellen Diskussion E. SCHLÜCHTER: *Plädoyer für den Erziehungsgedanken* (Berlin 1994).

¹⁵³ Die altorientalischen Rechtsordnungen Assyriens und Babyloniens übten in noch weitergehendem Maße Nachsicht gegenüber dem erstmaligen Gesetzesverstoß: G. CARDASCIA: *L'indulgence pour la première faute dans les droits du Proche-Orient ancien*, in: *Estudios en homenaje Juán Iglesias II* (Madrid 1988) 651-674.

¹⁵⁴ Ähnlich wie gegenwärtig versucht wird, un versteuert im Ausland angelegte Gelder durch Gewährung von Straferlass für Steuerhinterziehung ins Land zurückzuholen.

¹⁵⁵ Tätige Reue findet sich ansonsten nicht in den römischen Quellen als Strafbefreiungsgrund. D. 48,10,19pr. = PS 5,25,1A handelt von der freiwilligen Abstandnahme von begonnener Münzfälschung. Ein entlaufener Sklave bleibt aber ein *fugitivus*, auch wenn er freiwillig zurückkehrte (D. 21,1,17,1), ein diebischer Sklave bleibt ein *fur*, auch wenn er die entwendete Sache zurückgab (D. 47,2,66): beide palingenetisch zusammengehörigen Ulpianstellen im Hinblick auf die Sachmängelhaftung des Sklavenverkäufers, mit identischer Begründung: *nemo enim tali peccato paenitentia sua nocens esse desinit*. „Bei solcher Untat hört trotz seiner Reue niemand auf, schuldig zu sein.“ *Poenitentia* findet sich sonst überwiegend im Privatrecht in der Bedeutung des Rücktritts von einem Rechtsgeschäft. Dazu jetzt A.

unerlaubte Entfernung von der Truppe zu bestrafen, hätte ausgesprochen kontraproduktiv gewirkt. Die Stärkung der eigenen Streitkräfte, nicht deren Schwächung durch strengste Bestrafung, musste das Ziel sein.¹⁵⁶

VII. Die Genugtuungsfunktion

Die spektakuläre Hinrichtung von Straßenräubern in D. 48,19,16,10 war für die Angehörigen nur ein schwacher Trost (oben V 7). Deutlichere Genugtuungsfunktion haben Geldbußen, welche *pro solacio* dem Verletzten zugesprochen werden; so bei Gaius D. 44,6,3: Die Strafe des Doppelten für die Weihung einer umstrittenen Sache an die Tempelgottheit soll dem Prozessgegner, nicht dem Fiscus zufallen, damit der Gegner sie als Genugtuung (*veluti solacium*) dafür bekomme, dass sich das Streitobjekt nun im Besitz eines Mächtigeren befindet (den man nicht verklagen kann).¹⁵⁷

Dem durch die Straftat Verletzten Genugtuung und zugleich Ersatz zu verschaffen, ist die Aufgabe der (reinen oder gemischten) *actiones poenales*. Für tätliche oder verbale Verletzungen der Person gehört dazu insbesondere die *actio iniuriarum*.¹⁵⁸ Außerdem hat bei den zahlreichen Arbiträrklagen (hier besonders wegen Betruges und Erpressung) der Schädiger die Möglichkeit, durch eine Schadenswiedergutmachung (*restituere*) die ihn treffende Buße abzuwenden. Dieser mittelbare Zwang zur Reparation ist ein sinnreicher Mechanismus: Strafvermeidung durch Schadenswiedergutmachung ist ein alter, heute wiederentdeckter Gedanke, dem Zukunftschancen eingeräumt werden.

VIII. Die Bestrafung des einen zum Vorteil des anderen?

Wie wir dem Paulustext von D. 24,3,36 entnehmen (oben V 5), darf die Bestrafung des einen nicht einem anderen zum Schaden gereichen. Andererseits lehrte aber auch Papinian, die Bestrafung des einen dürfe einem

RIEHELDMANN: *Poenitentia: Reue und Bindung nach römischen Rechtsquellen* (Diss. Köln 2004).

¹⁵⁶ Zur kaiserlichen Begnadigung von Deserteuren WALDSTEIN 127 ff. Nach D. 49,16,5,8 verließ Hadrian einem (später zurückgekehrten) Überläufer zum Feind Straferlass, weil er viele Räuber gefangen nahm und Komplizen anzeigte; dazu V. GIUFFRÉ, *Latrones desertoiresque*, *Labeo* 27 (1981) 214-218. Aus dem praktischen Einzelfall ist entgegen GRÜNEWALD (o. Fn. 76) 24 nicht zu folgern, dass Aussteiger aus Räuberbanden generell mit Strafmilderung rechnen konnten (etwa ähnlich der umstrittenen aktuellen Kronzeugenregelung).

¹⁵⁷ A. WACKE: Die *potentiores* in den Rechtsquellen, *ANRW II* 13 (1980) 562, 594f.

¹⁵⁸ M. HAGEMANN: *Iniuria: Von den XII-Tafeln bis zur justinianischen Kodifikation* (Köln u. a. 1998) 226 ff.

anderen nicht zur Belohnung gereichen. Der letzte Satz¹⁵⁹ gibt jedoch zu Zweifeln Anlass; zumindest ist eine Unterscheidung geboten:

D. 29,5,15pr. (Marcianus libro singulari de delatoribus): Si sequens gradus ultus fuerit necem testatoris, an <a> priore hereditas ad illum transferatur? et ait Papinianus non esse hoc.¹⁶⁰ *nam poena illius praemium esse non debet.*

„Wenn der zweitrangig Berufene den gewaltsamen Tod des Testators rächte, geht dann die Erbschaft vom Erstberufenen auf ihn über? Papinian verneinte dies, *denn die Strafe für jenen darf ihm nicht zur Belohnung gereichen.*“

Der erstberufene Erbe kam nicht seiner Pflicht nach, den Mörder des Testators anzuklagen. Statt seiner erledigte der zweitberufene diese Aufgabe. Die Frage ist berechtigt, ob der zweite dafür an Stelle des müßigen ersten¹⁶¹ die dem Fiskus verfallene Erbschaft erhält. Papinian verneinte die Frage. Seine ablehnende Entscheidung ist jedoch schwer zu begreifen.¹⁶² Der Substitut stünde damit nicht günstiger, als wenn er die Ermordung des Testators ebenfalls nicht gerächt hätte. Papinian ist hier nicht nur extrem fiskusfreundlich, er gibt sich auch extrem idealistisch: Rächen soll der Substitut den Mord offenbar, ohne auf Vorteile zu spekulieren. Die Begründung ist fragwürdig: Es leuchtet nicht ein, weshalb denn nicht die Bestrafung des Gesetzesverletzers demjenigen zur Belohnung gereichen sollte, der sich rechtsgetreu verhielt. Das Gegenteil erscheint richtig. Dem Substituten (nach dem Vorbild der Delatorenprämien) einen finanziellen Anreiz zu geben, den Tod zu rächen, wäre effektvoller und ist deshalb rechtspolitisch erwünscht.¹⁶³ Papinian scheint zu vergessen, dass als Kehrseite des Strafrechts zur Aufgabe der Juristen auch eine gerechte Zuerkennung von Belohnungen gehört (D. 1,1,1,1; oben VI 5 a. E.). Dass die Bestrafung des einen nicht zur

¹⁵⁹ Als sprichwörtliche Rechtsregel aufgenommen von LIEBS (Fn. 93) Nr. P 60.

¹⁶⁰ Zu ergänzen ist <aequum> (MOMMSEN) oder (neutraler) <admittendum> (SCIALOJA); vgl. E. NARDI: *I casi di indegnità nel diritto successorio romano* (Milano 1937) 325. Zum Inhalt nimmt Nardi leider ebensowenig Stellung wie DALLA in seiner einschlägigen Monographie über das SC Silanianum.

¹⁶¹ Nach P. VOCI: *Diritto ereditario romano I* (2. ed. Milano 1967) 486 könnte der institutus auch die Erbschaft ausgeschlagen haben.

¹⁶² Dem Wesen der Ersatzerbschaft entsprechend rückt der Substitut, wenn er anstelle des Erstberufenen die Bedingungen für seine Sukzession erfüllt, in dessen Position ein (§ 2096 BGB). Deferiert wird ihm die Erbschaft auch beim Vorversterben des institutus, der dann gar nicht erbunwürdig werden kann. Papinian übersah, dass die Sukzession vom Zufall des Vor- oder Nachversterbens unabhängig sein sollte. Die Erbunwürdigkeit des Erstberufenen führt nach ihm zur Enterbung des gesamten Stammes. VOCI akzeptiert unkritisch Papinians Votum: Mit der Unwürdigkeit des Erstberufenen sei der Nachlass unwiderruflich zugunsten des Fiskus verfallen. Ersatzweise Berufene werden aber damit dem Testatorwillen zuwider für die Verfehlung des Erstberufenen bestraft.

¹⁶³ § 2341 BGB erstreckt darum die Anfechtungsbefugnis wegen Erbunwürdigkeit bewusst weit auch auf mittelbar Erbberechtigte.

Belohnung eines anderen führen dürfe, trifft zu, wenn beide Beteiligte Unrecht begingen.¹⁶⁴ Bei bloß einseitigem Verstoß ist die Bestrafung des einen zum Vorteil des anderen hingegen durchaus angemessen und aus den Quellen belegbar.¹⁶⁵ Ein Anfall der Erbschaft an den Substituten liegt im Sinne des Testators und wäre für den Ersatzerben keine unverdiente Belohnung; deren Versagung läuft vielmehr auf dessen ungerechtfertigte Bestrafung hinaus. Um „Strafe“ im technischen Sinne geht es hier freilich nicht, sondern um den Entzug der mit der Beerbung verbundenen Vorteile. Der wegen höchster ethischer Gesinnung ansonsten mit Recht gerühmte Papinian scheint diesen Fall (so er denn trotz offensichtlicher Textkürzung inhaltlich zutreffend überliefert ist) nicht gründlich genug durchdacht zu haben.

IX. Zusammenfassende Betrachtungen

1. Im Rückblick auf die vorgeführten klassischen Rechtsquellen der Kaiserzeit bis zum Beginn des 3. Jh. n. Chr. können wir feststellen, dass alle vier Strafzwecke darin vorkommen; allerdings in unterschiedlicher Gewichtung. Der Abschreckungsgedanke überwiegt in ihnen deutlich in Gestalt des öfters sogenannten exemplarischen Strafsens.¹⁶⁶ Die Generalprävention erforderte beispielsweise eine Strafschärfung für bestimmte Verbrechen dort, wo diese häufiger begangen wurden (oben V 7) oder wo Nachahmungseffekte verhindert werden sollten (wie bei der Verabreichung schädlicher Medikamente oder bei der Feigheit vor dem Feind: oben V 10-11). Zur Rechtfertigung erklärten

¹⁶⁴ Bei beiderseitigem Verstoß gegen die guten Sitten lässt sich der Ausschluss der Rückforderung (§ 817 S. 2 BGB) aus diesem Grunde schlecht als Strafnorm für den Geber deuten. Nach herrschender Ansicht von der bloßen Versagung des Rechtsschutzes beruht der Kondiktionsausschluss bloß auf dem Besitzervorzug (*melior est condicio possidentis*).

¹⁶⁵ Marc Aurel bestrafte den Gläubiger wegen des Versuchs gewaltsamer Forderungseintreibung mit Anspruchsverlust zu Gunsten des Schuldners (*Decretum divi Marci*), D. 4,2,13; 48,7,7; BÜRGE: Zwischen Eigenmacht und Recht, *Festschrift Mayer-Maly* (2002) 65 ff., 74 ff. – Caracalla bestrafte den Kläger wegen Richterbestechung mit Klageverlust zum Vorteil des Beklagten, D. 3,6,1,3; 12,5,2,2; C. 7,49,1 (212); WACKE: Bonam sive malam causam habere, in: *Roman Law as Formative of Modern Legal Systems, Studies in Honour of W. Litewski II* (Kraków 2003) 217, 233 f. – Das Verbot der Darlehensgewährung an Hauskinder ist eine Strafnorm bloß für den Kreditgeber, nicht für das Hauskind. Mit dem Ausschluss der Rückforderung wird der Geber absichtlich zum Vorteil des bereicherten Kreditnehmers bestraft: D. 14,6,9,2; WACKE, SZ 112 (1995) 239, 299 f. – Als weiteres Beispiel siehe etwa D. 30,128: Heiratete ein Vormund verbotswidrig seine Mündelin, kann er sie nicht beerben, wohl aber sie ihn, weil bloß der Vormund durch Entzug des Erbrechts gestraft werden soll. – Bei der Auslegung von Verbotsgesetzen achteten die Juristen folglich genau darauf, welche Person gestraft werden soll. Zumindest in den beiden erstgenannten Fällen fällt die Bestrafung des Gegners dem anderen unverdient zu. Des einen Leid ist hier des anderen Freud'. Ein Verfall an die Staatskasse erschiene hier jedoch eher angemessen. Hier würde Papinians *Maxime* passen.

¹⁶⁶ Insoweit kann BUONAMICI gefolgt werden.

spätere Kaisererlasse die Hinrichtung eines überführten Täters für legitim (sogar für „human“), um vielen anderen das Fürchten zu lehren: *ut unius poenae metus possit esse multorum* (oben V 11). Solch persuasive Begründung sollte die Ernsthaftigkeit der Strafdrohung unterstreichen; man rechnete mit deren Akzeptanz bei einsichtigen Menschen. Überzeugungs- und Gesinnungstäter ließen sich davon jedoch vermutlich wenig beeindrucken. Und gegen Tätlichkeiten im Streit oder Affekt (*in rixa aut impetu*)¹⁶⁷ konnte die Abschreckungsidee naturgemäß wenig ausrichten.

2. Das zahlenmäßige Überwiegen der Abschreckungsidee sollte aber nicht zu dem Schluss verleiten, als sei der Vergeltungsgedanke zur Blütezeit des Prinzipats in den Hintergrund getreten, wenn nicht gar aufgegeben worden.¹⁶⁸ Dass Abschreckung zugleich Vergeltung bedeutet, schien den Juristen selbstverständlich. Beide Strafzwecke erwähnt beispielsweise Tryphonin D. 16,3,31pr. für den mit Verbannung und Vermögensverlust Bestraften nebeneinander (oben V 4). Ausdrücke für Vergelten, Rächen (*vindicare, ulcisci*) begegnen unverändert häufig auch im Vokabular der spätklassischen Juristen.

3. Der Besserungsgedanke ist in den Rechtsquellen hingegen wenig entwickelt.¹⁶⁹ Dies konnte auch kaum anders sein: Im Bereich der mit Todesstrafe sanktionierten Verbrechen sind die hervorstechenden Strafzwecke nun einmal Vergeltung und Abschreckung. Eine Strafaussetzung zur Bewährung kam schon deswegen nicht in Betracht, weil Freiheitsentzug nicht zu den anerkannten Strafarten gehörte.¹⁷⁰ Für den Besserungsgedanken blieb deshalb nur die leichtere Kriminalität übrig, besonders von Jugendlichen (im weiteren Sinne) und im zivilen und militärischen Disziplinarrecht (oben VI 4-5). Gegen Fahrlässigkeitstaten lässt sich mit dem Gedanken der Besserung und Erziehung zu größerer Sorgfalt wohl am meisten ausrichten (wie schon Gellius erkannte, vgl. oben I 2), z. B. gegen Brandverursachung, da „die meisten Brände aus Unvorsichtigkeit der Bewohner entstehen“.¹⁷¹ Fest umrissene Tatbestände wurden hierfür nicht beschrieben. Aus der Pädagogik bekannte Ausdrücke des Ermahnens (*admonere, exhortare*, auch *coercere*) erinnern an die Sittenaufsicht der republikanischen Zensoren.¹⁷² ‚*Emendare*‘ wird zuweilen

¹⁶⁷ Dazu WACKE, RIDA 26 (1979) 541 ff.

¹⁶⁸ Von einem Umschwung, einer Wende, würde ich entgegen GIOFFREDI, Principi 54 f. nicht reden. Wie hier auch M. HUMBERT 137 ff. NAGLER betonte ein generelles Hervortreten des Vergeltungsgedankens insoweit zu Recht (oben II 2). Als unproblematisch erschien er den klassischen Juristen keiner Rechtfertigung bedürftig.

¹⁶⁹ Oben VI 1 ff. Ebenso NAGLER 154.

¹⁷⁰ Vgl. TH. KRAUSE: *Geschichte des Strafvollzuges* (Darmstadt 1999).

¹⁷¹ *Quia plerumque incendia culpa fiunt habitantium*: D.1,15,3,1 und 3–4; WACKE, RIDA 26 (1979) 552 ff.

¹⁷² Allmählich übernahm die staatliche Gesetzgebung deren Aufgabe der Kontrolle der

im Hinblick auf Mitmenschen verwendet, wo deren Abschreckung gemeint ist (oben VI 2). Spezialprävention und Generalprävention lassen sich naturgemäß nicht immer deutlich unterscheiden (VI 5 und unten 10 m. Fn. 211).

4. Genugtuungsfunktion haben die zahlreichen privaten Bußklagen (oben III). Ihr Ziel ist Ausgleich der erlittenen Schmach für den Verletzten. Zukunftserwägungen treten bei ihnen in den Hintergrund, vor allem der Besserungsgedanke. Ihr Drohen schützt gleichwohl alle potentiellen Opfer (oben V 1). Ihre präventiven Wirkungen verteidigten darum die Juristen, indem sie Vereinbarungen über einen Straferlass oder über einen Strafersatz durch einen Dritten (Anstifter) vor Tatbegehung als sittenwidrig für unzulässig erklärten (oben V 2-3).

Für Mord und Totschlag wurden private Blutrache und Fehde bemerkenswert früh von den Römern zurückgedrängt (in bezeichnendem Unterschied zu germanischen und nordischen Völkern). Die Angehörigen waren darauf verwiesen, die Bluttat durch Anklage „auf dem Forum zu rächen“ (YAN THOMAS). Ebenfalls anders als bei den Germanen bekam der Ankläger oder seine Sippe kein Wergeld zugesprochen. Die Angehörigen erhielten nur ideelle Satisfaktion durch die öffentliche Hinrichtung des Mörders. Bei gemeingefährlichem Raubmord wurden die Zwecke der persönlichen (symbolischen) Genugtuung und der Abschreckung durch die besondere Art der Hinrichtung und die Wahl der Richtstätte verschärft (oben V 6).

5. Die Abschreckungsfunktion sieht sich wegen ihrer Neigung zu übergroßer Strenge der Kritik ausgesetzt. Exemplarisches Strafen kann als Instruktion an den Richter gedeutet werden, wegen der Wirkung auf die Allgemeinheit keine Milde walten zu lassen. Dieser Gefahr begegneten die Römer jedoch durch das Postulat der schuldangemessenen Strafe. *Cavendum est, ne maior poena quam culpa sit*, forderte schon Cicero (*De officiis* 1,25 a. E.). Der Spätklassiker Marcian lehrte in seiner berühmten „*lex Perspicendum*“ D. 48,19,11pr.: Der Richter müsse darauf achten, keine härtere oder mildere Strafe zu verhängen, als die Tat erfordert...: „Die Herstellung des rechtlichen Ebenmaßes, die in dieser goldenen Bestimmung dem Richter mit höchstem sittlichen Ernst auf das Gewissen gebunden wird, hat ihr seit alters den Ruhm eines besonderen Gerechtigkeitspalladiums eingetragen.“¹⁷³ Trunkenheit konnte sich

öffentlichen Moral; s. z. B. F. GRELL: La correctio morum nella legislazione Flaviana, *ANRW II* 13 (1980) 340-365.

¹⁷³ So gewürdigt von NAGLER 142 m. weit. Nachw. Gleichsinnig für extraordinary Bestrafung D. 48,19,13 i. f.: *ita ut in utroque* (bei der Strafschärfung ebenso wie bei der Milderung) *moderationem non excedat*. Von *poenam moderare ad modum culpae* spricht Hadrian im Prell-Unfall Collatio 1,11,3 (oben VI 6). Der Ausdruck *digna poena* begegnet gleichfalls seit Marcian in D. 48,13,4,2 und 49,14,18,9, bei Alexander Severus in D. 9,22,3 (anno 227) sowie viermal in den Codices. Eine gleichsinnige Maxime des kanonischen Rechts lautet *Poena debet commensurari delicto*: LIEBS, Lat. Rechtsregeln Nr. P 55.

Die Zwecke von Buße und Kriminalstrafe nach römischen Rechtsquellen – 453

strafmildernd auf das Schuldvorwurf auswirken.¹⁷⁴ Ein schuldunfähiger Mörder war, wenn gefährlich, nach Marc Aurel zum Schutze seiner selbst und anderer Menschen in Sicherheitshaft zu nehmen.¹⁷⁵

6. *Exemplum* (abgeleitet von *eximere* ‚herausnehmen, hervorheben‘) ist hier nicht das zu didaktischen Zwecken *demonstrandi* oder *illustrandi causa* gebildete Kathederexempel oder Übungsbeispiel, auch nicht eigentlich das Präjudiz für künftig zu entscheidende Rechtsfälle. *Exemplum* ist eher eine Maßregel, ist die als Reaktion auf ein begangenes *malum* oder *pessimum* *exemplum* statuierte warnende Strafmaßnahme. ‚In *exemplum*‘ heißt auf deutsch übersetzt „zur Abschreckung“.¹⁷⁶ Auf *bona exempla* wies man lobend hin als wegweisende, nachahmungswürdige Taten.¹⁷⁷ Um umgekehrt *mala exempla* nicht durchgehen zu lassen, schritt man gegen sie exemplarisch ein. Im literarischen Latein begegnet für das warnende Beispiel auch der Ausdruck *documentum* (von den Juristen in diesem Sinne gemieden). Dabei ist weniger an schlichten Vollzug von Strafgesetzen gedacht,¹⁷⁸ als vielmehr an ein weithin autonomes Vorgehen (besonders in der Sprache von Kaisererlassen). Da es um die Publikation der zahlreichen Einzelgesetze schlecht bestellt war und Gesetzessammlungen nicht existierten,¹⁷⁹ beruht die beabsichtigte abschreckende Wirkung weniger auf vorauszusetzender Gesetzeskenntnis¹⁸⁰ als vielmehr auf der Publizität der Strafvollstreckung, zu der man das Volk durch Hornsignal zur Teilnahme aufrief;¹⁸¹ durch deren Ausgestaltung suchte man die

¹⁷⁴ Für ‚*impetu*‘ verübte Gewalttaten (D. 48,19,11,2) WILLVONSEDER (Fn. 97) 887; bes. A. WATSON: Drunkennes in Roman Law, *Festgabe von Lübtow* (Berlin 1970) 381-387.

¹⁷⁵ D. 1,18,14; J. E. SPRUIT, in: *Maior viginti quinque annis* (Utrecht 1979) 132 ff.; O. DILIBERTO: *Studi sulle origini della cura furiosi* (Napoli 1984) 8 f.

¹⁷⁶ S. Langenscheids Lat.-deutsches Großwörterbuch. Mit nur vier Stellen begegnet in *exemplum* in den Rechtsquellen ziemlich selten: Ulp. D. 27,9,9; Marci. D. 48,3,6,1; Alex. C. 4,55,4,1 (224); Grat./Val. C. 10,11,6 (382). ‚*Ad exemplum*‘ ist hingegen mit 71 Texten unvergleichlich häufiger. Hinzukommt gleichbedeutend *exemplo* (180 Stellen), z. B. Macer D. 48,19,10pr: *In persona servorum ita observatur, ut exemplo humiliorum puniantur*.

¹⁷⁷ KORNHARDT 65 ff.: *Exempla* im römischen Staatsrecht, ihr Einfluss auf Sitte und Lebensart etc. Sogar Sammlungen von *exempla* waren in Umlauf.

¹⁷⁸ Der neuzeitliche Grundsatz *Nulla poena sine lege* galt im antiken Strafrecht ohnehin nur mit erheblichen Abstrichen, s. LIEBS 1980, 118 ff., 122 ff.

¹⁷⁹ M. BRETONE: *Geschichte des römischen Rechts* (übersetzt von B. GALSTERER, München 1992) 129. Mangelnder Zugang zu verlässlichen Rechtsquellen sogar für Richter führte in der Spätzeit zum Erlass des Zitiergesetzes von 426; s. zuletzt H. WIELING, *Festschrift Mayer-Maly* (2002) 866 ff.

¹⁸⁰ Über Unkenntnis im Strafrecht siehe z. B. A. GUARINO, *Pagine di diritto romano VII* (Napoli 1995) 266–298 (zuerst 1942).

¹⁸¹ DE ROBERTIS 1987, 15. – Parallele: In mittelalterlichen Städten läutete zur öffentlichen Hinrichtung die Armesünderglocke; vom preußischen Strafgesetzbuch von 1851 in § 8 Abs. 5 ausdrücklich vorgeschrieben. „Armer Sünder“ (im kanonischen Recht *miser peccator*) hieß der zum Tod Verurteilte. S. LIEBERWIRTH, Art. Armesünder, HRG I (1971) 229; ERLER, Art. Glocke, ebenda 1706 f.

abschreckende Wirkung möglichst zu steigern.¹⁸² Während Justinian den Richter ermahnt, nach den Gesetzen und nicht nach früher entschiedenen Fällen zu urteilen (*non exemplis, sed legibus iudicandum est*),¹⁸³ sollen sich doch andererseits die Menschen in ihrem künftigen Verhalten gerade nach diesen Strafexemplen richten. In Dantes gehobener Dichersprache begegnet hieraus abgeleitet das italienische Wort *scempio* als ‚verheerendes Blubad, Gemetzel, qualvolle Marter, grausame Strafe‘.¹⁸⁴

7. „Die angeblich neu erfundene Zweckstrafe [dies bemerkte KARL BINDING mit kritischem Blick auf FRANZ VON LISZT]¹⁸⁵ ist natürlich so alt wie die Strafe selbst und ihre Theorien. In sehr vielen von ihnen... steckt ein Kern ewiger Wahrheit.“ Die römische Juristen und Kaiser huldigten keiner bestimmten Straftheorie. Obwohl Ulpian D. 1,1,1,1 von den Juristen behauptet, sie betrieben die *vera philosophia*,¹⁸⁶ haben diese doch im Gegensatz zu den zeitgenössischen Philosophen über Sinn und Zweck der Strafe nicht zusammenhängend nachgedacht. Ihre Schriften bestehen aus kasuistischen Sammlungen von *exempla*. Ihre Abneigung gegenüber dem Theoretisieren zeigt sich gerade hier. Eine Hinterfragung der Strafe nach ihrem Sinn und Zweck, losgelöst von konkreten Fällen, erschien ihnen als unfruchtbare Gelehrsamkeit. Die Quellen enthalten nur angewandte Jurisprudenz. Dabei wird in eklektischer Weise bald dieser, bald jener Strafzweck herausgegriffen, zuweilen werden auch zwei miteinander gehäuft;¹⁸⁷ nie aber werden mehrere zusammen betrachtet und ihre Vor- oder Nachteile gegeneinander abgewogen. Zu einer Maxime wie der des Seneca *non quia peccatum est, sed ne peccetur* (oben I 1) fand sich in juristischen Quellen nichts Vergleichbares. Die philosophischen Gründe der Strafsens an sich haben sich den Juristen nicht zum Problem gestellt. Möglicherweise waren die Philosophen den Juristen um einen Schritt voraus. Der eingangs erwähnte Eindruck, dass die wissenschaftliche Bearbeitung des Strafrechts noch in den Anfängen steckte, hat sich bestätigt. Die Berücksichtigung der Strafzwecke obliegt allerdings primär dem mit der

¹⁸² MOMMSEN: *Strafrecht* 915; KORNHARDT (o. Fn. 11) 48. – Frauen wurden zwar zu Bergwerksarbeit verurteilt: D. 48,19,8,8. Die Todesstrafe wurde an Frauen jedoch nicht öffentlich vollstreckt: MOMMSEN: *Strafrecht* 928 f. Wegen der im Durchschnitt geringeren kriminellen Energie von Frauen (o. Fn. 115) trat der Abschreckungsgedanke insoweit in den Hintergrund. Ein öffentliches Bloßstellen der Todeskandidatin widersprach offenbar dem Anstandsgefühl.

¹⁸³ C. 7,45,13 (anno 529); M. KASER: *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode* (Wien u. a. 1986) 42 ff.

¹⁸⁴ Belege bei KORNHARDT 48. Eigentlich „una strage tale da servire d'esempio“: M. CORTELAZZO/P. ZOLLI: *Dizionario etimologico della lingua italiana V* (Bologna 1988) s. v.

¹⁸⁵ BINDING: *Grundriss des deutschen Strafrechts Allg. Teil* (7. Aufl. 1007) § 85 S. 203.

¹⁸⁶ D. NÖRR: *Iurisperitus sacerdos*, in: *Xenion. Festschrift Pan. J. Zepos* (Athen/Freiburg i. B. 1973) 555 ff., bes. 564 ff., 569 ff.

¹⁸⁷ Abschreckung und Vergeltung in D. 16,3,31pr. (oben V 4); Abschreckung und Genußtuung in D. 49,19,28,15 (oben V 6).

Urteilsfindung im Einzelfall befassten Richter; die *iurisconsulti* betrachteten dies ebensowenig als ihre Aufgabe wie die Beweiswürdigung. Hinweise auf einzelne Strafzwecke in Juristenschriften und Kaiserkonstitutionen erscheinen zwar nicht unpassend,¹⁸⁸ sie enthalten etwas Belehrendes. Sie sollen der Strafdrohung Nachdruck verleihen, wollen überzeugen (der Zweckangabe in Präambeln moderner Gesetze vergleichbar); sie könnten aber (der *Maxime Lex imparat, non disputet* entsprechend) auch fehlen. Moderne Straftatbestände enthalten keine ausdrückliche Angabe ihres Zwecks; stattdessen definieren sie die Elemente der Straftat viel präziser. Die römischen Strafvorschriften enthalten eher ein Täterstrafrecht;¹⁸⁹ deren Präzisierung ist dann die Aufgabe der Juristen. In Ermangelung eines präzisen Analogieverbots (Fn. 178) unterscheidet sich die Aufgabenverteilung zwischen bloßer Normzweck-Angabe durch den Gesetzgeber und hermeneutischer Verdeutlichung durch die Juristen nicht grundlegend von deren konkretisierender Arbeit an anderen Verbotsgesetzen.¹⁹⁰

8. Die vorstehenden Ausführungen sollten nicht den Eindruck erwecken, als hätten die Juristen das Strafrecht ganz unwissenschaftlich dargestellt. Methodisch lassen sich einzelne Maximen oder *praecepta* ausmachen, von denen sie sich beim Vergleich diverser *causae poenales* leiten ließen. Ihre oberste Devise war, dass Missetaten nicht ungestraft bleiben dürfen.¹⁹¹ *Ne*

¹⁸⁸ Nur in D. 48,19,1 nicht über jeden Zweifel erhaben (oben VI 1). – Unerlässlich sind sie, wo Strafe für unabdingbar erklärt wird wie in D. 2,14,27,4: *expedit timere furti vel iniuriarum poenam* (oben V 2).

¹⁸⁹ Als Tätertypen werden z. B. genannt der Mörder (wie in § 211 StGB): *sicarius, paricida, homicida* – Räuber: *praedo, latro raptor* – Menschenräuber: *plagiarius* – Giftmischer: *veneficus* – Dieb: *fur* – etc. Auch bei verbaler Beschreibung der strafbaren Handlung wird die Präzision gegenwärtiger Tatbestandstechnik nicht erreicht und wohl auch nicht angestrebt.

¹⁹⁰ Zur Auslegung des *SC Macedonianum* s. beispielhaft WACKE, SZ 112 (1995) 315 f.

¹⁹¹ Dazu grundlegend BÖRSCH 2003. Seinen Ausführungen ist hinzuzufügen D. 47,10,15,35: *ipsi servo facta iniuria inulta a praetore relinqui non debuit*: Die einem (fremden) Sklaven selbst zugefügte Injurie darf der Prätor nicht ungerächt lassen, zumal wenn sie mit Schlägen oder durch Folterung verübt wurde. Diese Art von *iniuria* (d. h. körperliche Schmerzen, hier im Gegensatz zu Ehrverletzungen) spürt nämlich auch ein Sklave. Wegen der einem Sklaven und dadurch mittelbar dem Herrn zugefügten Injurie hatte der Herr eine im Edikt proponierte Klage *suo nomine* (LENEL, EP³ 401). Keine *actio* gab es jedoch nach Gaius 3,222 i. f. bei einer dem Sklaven selbst zugefügten Injurie. Gegen das Verprügeln oder Foltern eines fremden Sklaven (vgl. D. 47,10,15,43) soll der Prätor dennoch rächend einschreiten, lehrt Ulpian: vermutlich *extra ordinem* im Rahmen seiner Koerzitionsgewalt (welche bis zur vergeltenden Auspeitschung des Übeltäters gehen konnte). Da ein Sklave mangels Parteifähigkeit nicht klagebefugt ist, handelt es sich gewissermaßen um ein „objektives Verfahren“ ohne Ankläger, ähnlich den *de plano*-Verhandlungen (falls nicht der Herr seinem Sklaven beistand). Gegen allzu strenge Züchtigung durch ihre Herren gewährten die *principes* den Sklaven ein Beschwerderecht, s. KASER, RP I² 285 f. Dementsprechend durften sich Sklaven Ulpian zufolge beim Prätor auch beschweren, wenn sie von fremder Seite eine *atrox iniuria* erlitten hatten. Eine dem Täter auferlegte Buße müsste billigerweise dem Pekulium des geprügelten Sklaven zugute kommen, so wie heutzutage das einem Ehegatten zuerkannte Schmerzensgeld zu dessen Vorbehaltsgut erklärt werden sollte. Das

maleficia maneat impunita: Mit diesem Argument¹⁹² ließen sich für das Rechtsgefühl untragbare Lücken innerhalb der unzureichend kodifizierten Buß- und Straftatbestände schließen – allerdings wurde mit diesem Argument keine Kapitalstrafe verhängt.¹⁹³ „Strafe muss sein“: Anstelle einer wegen Zahlungsunfähigkeit uneintreibbaren Strafe oder Geldbuße wurde ersatzweise Körperstrafe verhängt.¹⁹⁴ – Zweitens wird in einer größeren Zahl von *topoi* vergleichsweise festgestellt, dass wegen größeren Unrechts oder schwererer Schuld bestimmte Täter für Vergehen gleicher Art härter zu bestrafen waren: Sklaven härter als Freie, Infame härter als Unbescholtene, Soldaten härter als Zivilisten, Verbrechen gegen Ranghöhere oder gegen Eltern schärfer als gegen andere, u.s.w.¹⁹⁵ Hierin zeigen sich Ansätze zu einer planvollen Kriminalpolitik.¹⁹⁶

Fragment D. 47,10,15,35 wird teilweise anders erklärt von F. RABER: *Grundlagen klassischer Injurienansprüche* (Wien u. a. 1970) 83 ff. und HONORÉ, in: *Le monde antique* (unten Lit. bei Robinson 1998) 237 f.

¹⁹² Die Glossatoren brachten die Devise mit dem stattlichen Interesse in Verbindung und fügten *interest rei publicae* hinzu, s. LIEBS, Lat. Rechtsregeln Nr. J 117. – Dass Julian „sogar im Privatrecht am Abschreckungsgedanken durch Strafe festhält“, ist nicht so auffällig, wie LIEBS an anderer Stelle (im Handbuch, o. Fn. 9, S. 105) meint. Zur offenbar in Bezug genommenen Julianstelle D. 9,2,51,2 über die überholende Kausalität bei der Sklaventötung nach der *lex Aquilia* s. eingehend BÖRSCH 28–47. Zu *metu poenae* (auch im Privatrecht verwendet) o. Fn. 41.

¹⁹³ Eine Ausnahme gilt, wo der Kaiser als Setzer neuen Rechts eine derartige Formel zur Begründung verwendet, wie Justinian mit seinen drakonischen Strafandrohungen im wortreichen Erlass von 533 n. Chr. gegen Frauenraub (*De raptu virginum* etc.) C. 9,13,1,1: *Ne igitur sine vindicta talis crescat insania, sancimus...* „Damit nicht solch rasende Begierde mangels Bestrafung etwa zunehme, verordnen wir...“; dazu R. BONINI: *Ricerche di diritto giustiniano* (2. ed. Milano 1990) 169 ff.

¹⁹⁴ GEBHARDT 1994, 69 ff. An sich ist allerdings „schon ein einziger Peitschenhieb [da Schmerzen verursachend] schlimmer als jede Geldstrafe“: D. 48,19,10,2 i. f.; LIEBS, Lat. Rechtsregeln Nr. P 54. In der Ersetzung der Geldstrafe durch eine Körperstrafe liegt darum eine graduelle Verschärfung. Auch im deutschen Strafrecht galt der Grundsatz: „Wer nichts im Beutel hat, muss mit der Haut bezahlen,“ oder umgekehrt: „Qui peut payer en argent, ne paie en son corps“ (Loisel); s. GRAF/DIETHERR (Fn. 35) S. 321 Nr. 254–260. Dem insolventen Verurteilten mag es gelingen, seine Auspeitschung dadurch abzuwenden, dass nahestehende Personen den verwirkten Geldbetrag für ihn aufbringen. Darin liegt keine unzulässige Strafvereitelung. Nur vor Tatbegehung wäre ein Versprechen der Schadloshaltung nichtig, vgl. o. Fn. 47. – Dass nur öffentliche Kriminalstrafen bei Uneinbringlichkeit durch Prügel ersetzt worden seien (wie BELLEN [u. Fn. 205] S. 60 beiläufig behauptet), dürfte nicht zutreffen. Mit der Auspeitschung des Schuldigen muss sich der Verletzte anstelle der uneinbringlichen Geldbuße *pro solacio* begnügen; vgl. oben VII. Beging ein Sklave ein Injurie, konnte ihn der mit der *actio iniuriarum noxalis* verklagte Herr dem Beleidigten zur Auspeitschung ausliefern: KASER, RP I² 632; GEBHARDT 243 ff. Mit der Verabreichung der Prügel konnte der Beleidigte „sein Mütchen kühlen“; damit empfing er nach Ulpian D. 47,10,17,6 seine *satisfactio*. Wenn Sklaven Ärzte oder Grammatiklehrer beleidigten, waren sie nach Konstantin C.Th. 13,3,1 von ihrem Herrn in Gegenwart des Beleidigten (*coram eo*) zu züchtigen

¹⁹⁵ Etwa D. 48,19,28,16; D. 49,16,6,1; zu Soldaten GIUFFRÈ, *ANRW II 13* (1980) 259 ff. Zu diesen *variazioni delle pene* eingehend DE ROBERTIS: *Scripti III* (1987) 403 ff., 525 ff.

¹⁹⁶ Rechtspolitisches Argumentieren war den römischen Juristen keineswegs fremd: BÖRSCH

9. Dass nicht ein einziger Strafzweck verabsolutiert wurde, beweist immerhin Entwicklungsbereitschaft und lebensnahen Realitätssinn. Hieraus erklärt sich, dass Exegeten seit dem 18. Jh. bald diesen, bald jenen Zweck als den vorherrschenden aus den Quellen herauslesen zu können meinten. Hätte man aber die antiken Juristen gefragt, was von der Vereinigungstheorie zu halten sei, so hätten sie vermutlich nicht widersprochen. Auch JACOB CUJAZ (1520-1590), den großen Kommentator des Corpus iuris civilis, kann man als Anhänger der Vereinigungstheorie bezeichnen. Einleitend zu *De poenis* gibt er (unter gemischter Anführung literarischer und juristischer Belege) folgende, aus antiken Quellen zusammengestellte Begriffs- und Zweckbestimmungen:

*Poena est delictorum sive criminum coercitio, inducta ad disciplinae publicae emendationem; et ut exemplo ceteri deterreantur; et non quia peccatum est, sed ne peccetur: nec enim tam ad praeterita quam ad futura poena refertur...*¹⁹⁷

*Poena est aestimatio delicti vel supplicium peccati... Imponitur vero, vel ut sublatis malis ceteri vivant securiores, vel ut is qui punitur emendetur..., ut ceteri deterreantur...vel ut unius exemplo plurimi corrigantur...*¹⁹⁸

Losgelöst von konkreten Sachverhalten, sind solche synkretistischen Kompilationen kennzeichnend für eine gewandelte Methode. Zu einer kritischen Evaluation einzelner Strafzwecke drang aber CUJAZ noch nicht vor.

X. Weitere Entwicklungen

1. Von christlichem Einfluss war in den hier betrachteten Quellen entgegen BIONDI (1954 S. 426 ff.) noch nichts zu spüren. ‚*Peccare*‘ (fehlen), schon bei Seneca vorkommend,¹⁹⁹ bedeutet nicht nur ‚sündigen‘, nicht nur gegen göttliche, sondern auch gegen weltliche Gebote verstoßen. Das kanonische Recht stellt die *poenae medicinales seu censurae* den *poenae expiatoriae* voran.²⁰⁰ Biondi glaubte, Ansätze dazu schon in unseren früheren Quellen

112 f. – Im Bereich der von W. WALDSTEIN 1964 eingehend untersuchten Quellen zum römischen Begnadigungsrecht finden sich Hinweise auf den Zweck der Strafe hingegen wider Erwarten auffallend selten.

¹⁹⁷ *Jacobi Cujacii Opera* (Ausgabe Prati 1837/39) tomus III p. 312 (*In libros quinquaginta Digestorum*, tit. 49,19).

¹⁹⁸ Ebenda tomus VIII p. 1370 ff., hier mit reichen Angaben zu jeder der genannten Maximen.

¹⁹⁹ In den Rechtsquellen 66 Mal, davon in den Digesten 16 Mal (bei Gaius 2x, sonst bei den Spätclassikern Paulus, Ulpian und Modestin). Die Echtheit des Ausdrucks verteidigt zutreffend RABER (o. Fn. 191) 49. *Ex peccato* heißt soviel wie *ex delicto*, z. B. in Modestin D. 44,7,52,8. Die Konnotation ‚Sünde‘ nahm das Wort wohl erst unter dem Einfluss der christlichen Morallehre und der Beichtjurisprudenz an.

²⁰⁰ *Codex iuris canonici* von 1983, can. 1312 ff., entsprechend der ältere *Codex* von 1917,

ausfindig machen zu können. Aber schon diese Terminologie ist den römischen Rechtsquellen fremd.²⁰¹ Eine kirchliche Strafgewalt kommt erst mit der Anerkennung des Christentums unter Konstantin auf. Konstantin beseitigt zwar die Strafe der Kreuzigung (oben Fn. 75). Christlicher Einfluss wirkte jedoch keineswegs in Richtung auf Mäßigung. Senecas von der Stoa geprägtes Buch über die Milde (*De clementia*)²⁰² ließ die klassischen Juristen nicht unbeeindruckt.²⁰³ Ihrer Empfehlung nach sollte man Strafgesetze wohlwollend auslegen und die Strafen eher mildern als schärfen.²⁰⁴ Durch die Begegnung mit dem Christentum kommt es jedoch zu einer Wiederbelebung des uns ganz unchristlich anmutenden, im vorkonstantinischen Recht größtenteils längst überwundenen alttestamentlichen Talionsprinzips.²⁰⁵ Die Strafgesetze der christlichen Kaiser überbieten einander an schroffen Grausamkeiten.²⁰⁶ Das Übergewicht des Ausdruck ‚Rache‘ (*ulcisci, ultio*) in spätantiken Kaiserkonstitutionen erscheint symptomatisch.²⁰⁷ Schroff herausgestellt wird in ihnen auch die Idee der Abschreckung (oben V 11-12). Unter rhetorischem

can. 2216 ff.; NAGLER 1918, 155 ff.; W. REES, Die Strafgewalt der Kirche, dargestellt aufgrund seiner Entwicklung (Berlin 1993) 172 ff., 184 ff. passim; REES, Grundfragen des kirchlichen Strafrechts, in: Jos. List/Herib. Schmitz (Hrsg.), Handbuch des kanonischen Kirchenrechts (2. Aufl. 1999) § 105. Pius XII bevorzugte das Vergeltungsprinzip (*Punitur quia peccatum est*); L. Gerosa verfocht den Besserungsgedanken, s. KL. LÜDICKE in Lüdike, Münsterischer Kommentar zum Codex iuris canonici Band V (Cann. 1311–1752; Loseblatt, 18. Ergänzungslieferung 1992) Einl. Vor can. 1311 Randnr. 6e und 13 ff.

²⁰¹ Der Vergleich der Strafe mit einer Medizin für die kranke Seele des Verbrechens begegnet mehrfach schon bei Seneca, s. BONGERT in Diliberto 1993, 110 ff. In den Rechtsquellen fand der Gedanke jedoch nach NAGLER 154 Fn. 2 „keine wirkliche Resonanz“.

²⁰² Vgl. M. FUHRMANN: *Seneca und Kaiser Nero* (Frankfurt/M. 1999).

²⁰³ F. SCHULZ: *Prinzipien des römischen Rechts* (1934/1954) 143 f.; BÖRSCH 2003, 43 ff.

²⁰⁴ Paulus D. 50,17,155,2: *In poenalibus causis benignius interpretandum est*. Vgl. A. PALMA: *Benignior interpretatio* (Torino 1997) 90, 112. Hermogenian D. 48,19,42: *Interpretatione legum poenae molliendae sunt potius quam asperandae*. Ausführlich E. DOVERE: *De iure: Studi sul titolo I delle Epitome di Ermogeniano* (Torino 2001) 105–142.

²⁰⁵ L. GÜNTHER I 139 ff. Wenige Beispiele: Abhauen der Füße (als schuldige Körperteile) für zu den Barbaren flüchtende Sklaven: Konstantin C. 6,1,3 von 317/322; H. BELLEN: *Studien zur Sklavenflucht im römischen Kaiserreich* (Wiesbaden 1971) 108 f. (passim). – Nach Entweichenlassen eines Gefangenen soll der Wächter die gleiche Strafe erleiden, zu der der Entflohenen verurteilt war: Valentinian CTh. 9,3,5 von 371. – Entmannung als Vergeltung für verbotene Kastration: Justinian Nov. 142 von 558; REIN 422 ff.; D. DALLA: *Incapacità sessuale nel diritto romano* (Milano 1978) 106–112; S. PULIATTI: *Tipicità della pena e qualitas personarum: L'evirazione*, in: *Nozione formazione etc.*, Ricerche dedicate a F. Gallo II (Napoli 1997) 141, 167 f. Als auszutilgendes Verbrechen wird die Kastration paradoxerweise hier, der Zielsetzung des Gesetzgebers zuwider, von ihm selbst verübt. An der Effektivität der von Konstantin erlassenen Vorgängervorschrift C. 4,42,1 zweifelt P. GUYOT, Eunuchen als Sklaven und Freigelassene (Stuttgart 1980) 49 f.

²⁰⁶ Reich illustriert von LIEBS 1985, 85 ff.; DERS., 2002. Neigten die Christen gar zu unverhohlener Brutalität? fragt LIEBS 1985, 114 ff.

²⁰⁷ *Ulcisci* insgesamt 17 Mal, aber nur 4 Mal bei spätklassischen Juristen. *Ultio* nur 5 Mal in den Digesten (frühestens bei Julian), aber 33 Mal im CTh. und 18 Mal im CJ.

Die Zwecke von Buße und Kriminalstrafe nach römischen Rechtsquellen – 459

Einfluss wird die Gesetzessprache überdies zunehmend schmuckreicher, ja schwülstig, aber zum Nachteil inhaltlicher Präzision.²⁰⁸ Von Bestrebungen zur Einschränkung (oder gar Abschaffung) der Todesstrafe²⁰⁹ findet sich keine Spur, ihr Anwendungsbereich wird im Gegenteil ausgeweitet. Mit dem Tode und Vermögenseinzug bestraft Valentinian C. 1,11,7 (anno 451) das Zelebrieren heidnischer Opferriten, „damit ein jeder durch die Strenge unseres Gesetzes und aus Furcht vor Strafe von solchen verbotenen Opferfesten abgeschreckt werde“ (*ut hac legis nostrae severitate perterriti metu poenae desinant sacrificia interdicta celebrare*). Das Humanitätsideal, von dem sich Trajan, Hadrian, Antoninus Pius und Marc Aurel bei der Ausgestaltung des Strafrechts und Strafprozessrechts leiten ließen,²¹⁰ war längst verlassen.

2. Justinian schritt ohne Rücksicht auf dogmatische Bedenken präventiv in einem Fall der versuchten Anstiftung zum Diebstahl ein, der nach herrschender Klassikermeinung straflos geblieben war. Wer einen Sklaven dazu überredet, seinem Herrn einen goldenen Becher zu stehlen, blieb nach Gaius 3,198 straflos, wenn der Sklave seinen Herrn in den Plan einweiht und mit dessen Einverständnis den Becher dem Anstifter überbringt, um ihn *in flagranti* zu überführen. Eine Klage wegen Sklavenverführung schied ebenfalls aus, weil sich der Sklave nur zum Schein hat verführen lassen. Justinian gewährt hingegen in Inst. 4,1,18 aus moralischer Entrüstung beide Klagen, „damit nicht wegen dieser Straflosigkeit gegenüber einem anderen Sklaven, der sich verführen lässt, eine solche Untat von jemandem verübt werde.“ Anstatt der hier genannten Generalprävention rechtfertigt Justinian die Bestrafung desselben Falles in C. 6,2,20 (anno 530) mit der Individualprävention: „damit er (der Täter selber) nicht... ein solches Vergehen versuche.“ Zwischen General- und Individualprävention wird also hier nicht unterschieden.²¹¹ In der Bejahung zweier vollendeter Vergehen durch Justinian erblickte KARL BINDING ein Beispiel für dessen „ganz rohe Moralität“.²¹²

²⁰⁸ Beispielhaft Konstantins wortreiche Strafvorschrift gegen männliche Prostitution C. 9,9,31 (s. a.) mit unklarer Sanktion: „Wenn Männer sich nach Weiberart als Huren verdingen...: Die Gesetze sollen sich erheben, die Rechte sich mit rächendem Schwert bewaffnen...“ Dazu bemerkten OTTO/SCHILLING/SINTENIS in ihrer Übersetzung von 1832: „Die Stelle ist berühmt durch ihre rednerische Schönheit, aber zugleich durch ihre Schwierigkeiten...“

²⁰⁹ Zum früheren Recht s. SCHULZ: *Prinzipien* (Fn. 203) 137 f. „Tapfere Männer“, sagte Cicero, Pro Rabirio 3,10, „können es sich zutrauen, ohne die Todesstrafe auszukommen.“ Diebe am Galgen aufzuhängen (in Preußen erst 1743 durch Friedrich den Großen beseitigt) hätten klassische Juristen als unmenschliche Grausamkeit angesehen.

²¹⁰ Die Strafpraxis früherer Kaiser schildert aufgrund literarischer Zeugnisse ROBINSON 1998.

²¹¹ Vgl. schon oben VI 5. Den im Schrifttum oft kaum bemerkten Unterschied in der Formulierung sollte man entgegen NAGLER 153 nicht überbewerten. Neure Lit.: G. LUCHETTI: *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano* (Milano 1996) 479-488; B. BONFIGLIO, *Corruptio servi* (Milano 1998) 54 ff.; SPERANDIO 1998, 23 ff.; BÖRSCH 131 ff.

²¹² BINDING: *Die Normen und ihre Übertretung II* 2, 655. Weit. Hinw. zur hier vorliegenden Problematik der „Diebesfalle“ bei WACKE 1995, 598.

XI. Die Wahrscheinlichkeit der Verbrechensaufklärung. Vorbeugende Maßnahmen zur Verbrechenverhütung

1. Wie einleitend berichtet, befassten sich überwiegend italienische Gelehrte mit unserem Thema. In Italien sprechen die Strafrechtler zumeist von der „funzione della pena“. Der Begriff ‚Funktion‘ ist freilich, bezogen auf die Strafe, weniger ausdrucksstark als unser deutsches Wort ‚Zweck‘. Der Zweck ist etwas Subjektives: ein vorgestellter künftiger Zustand, der mit Hilfe von Mitteln willentlich herbeigeführt werden soll. Das Fremdwort ‚Funktion‘ ist hingegen eher objektiv konnotiert: Abgeleitet von lat. *fungi* ‚verrichten, leisten, vollbringen‘ bedeutet Funktion soviel wie Amt, Aufgabe, Wirksamkeit. Zum Begriff ‚Funktion‘ gehört daher auch eine Betrachtung dessen, ob die Zielvorgabe effektiv erreicht wird. In unserem Zusammenhang wäre zu fragen, inwieweit die in den römischen Rechtsquellen herausgestellte Abschreckungsfunktion der Strafe tatsächlich „funktionierte“. Dazu gehört evident mehr als hohe Strafandrohungen. Ebenso wichtig sind eine effektive Kontrolldichte bei der Ergreifung Verdächtiger, eine rasche Aburteilung und ein schleuniger Beginn des Strafvollzuges.²¹³ Zur römischen Antike finden sich hierüber jedoch in den oben II 2 angeführten bisherigen Abhandlungen zu unserem Thema nicht einmal Andeutungen.

2. Das Interesse an der Verbrechensaufklärung bewerteten die Juristen grundsätzlich sehr hoch.²¹⁴ Der Schutz der Persönlichkeit eines Tatverdächtigen trat demgegenüber deutlich zurück. Das ergibt sich aus einer von Paulus überlieferten kurzen Aussage zur *actio iniuriarum*, deren Kerngehalt im neueren Schrifttum soweit ersichtlich nicht hinreichend gewürdigt wurde:

D. 47,10,18pr. (Paulus *libro 55. ad edictum*): Eum qui nocentem infamavit, non esse bonum aequum ob eam rem condemnari: *peccata enim nocentium nota esse et oportere et expedire.*

„Wer einen Schuldigen in Verruf bringt, den deswegen zu verurteilen sei nicht recht und billig. *Die Vergehen der Schuldigen zu verlautbaren sei nämlich erforderlich und nützlich.*“

Der indirekten Rede zufolge referiert Paulus die Ansicht eines Gewährsmannes, dessen Name wohl einer Streichung zum Opfer fiel.²¹⁵ Das Asyndeton *bonum*

²¹³ Die Zulässigkeit alsbaldiger Hinrichtung aufgrund eines noch nicht rechtskräftigen Todesurteils wegen befürchteten öffentlichen Aufruhrs (oben V 9) würden wir eher kritisch beurteilen.

²¹⁴ Anders bei Anzeigen von Sklaven gegen ihre Herren: s. o. bei Fn. 120. Insoweit war doch nicht jedes Mittel zur Verbrechensaufklärung recht.

²¹⁵ Ob dies der im Umkreis des Fragments zitierte Julian war, wagt R. WITTMANN, SZ XXX (1974) 305 Fn. 53 nicht zu entscheiden.

Die Zwecke von Buße und Kriminalstrafe nach römischen Rechtsquellen – 461

aequum ist archaischer Sprachgebrauch, hier vermutlich zusammen mit den darauf folgenden Worten ein Zitat aus der Klageformel des allgemeinen Injurienedikts.²¹⁶ ‚*Nocens*‘ ist (im Gegensatz zum *innocens* oder *innocuus*) der (einer Straftat) Schuldige.²¹⁷ Die heikle Beweisfrage, ob die Beschuldigung zutrifft, ob der Bezichtigte wirklich der Täter ist, wird nicht angesprochen;²¹⁸ dargestellt wird der Fall (wie in Juristentexten häufig) aus der Perspektive des von FELIX WUBBE meisterhaft beschriebenen allwissenden *angelus intellectualis*.²¹⁹ Dennoch findet sich ein Anspielung auf die Beweisfrage im eigentümlich emphatischen Begründungssatz *peccata enim nocentium nota esse et oportere et expedire*.²²⁰ *Nota esse* bedeutet dem Zusammenhang nach nicht „bekannt sein“ (wie man wörtlich übersetzen würde), sondern bekannt werden.²²¹ Der Anzeigende verdient deshalb öffentliches Lob, weil er zur Aufklärung des Verbrechens beitrug und bislang Unbekanntes zutage förderte.²²² Wäre der Verdächtige hingegen bereits angeklagt und verurteilt,

²¹⁶ Nach LENELS Rekonstruktion (EP³ 399): *...quantam pecuniam recuperatoribus bonum aequum videbitur ob eam rem...condemnari*..Nach J. PARICIO: *Estudio sobre las acciones in aequum conceptae* (Milano 1986) 15 „la fórmula de la *actio iniuriarum* (al menos en el siglo I d. C.) hacía sólo referencia a *aequum*, *bonum* no figuraba en ella.“ Aber „Lenel irte selten“ (so Max Kaser wiederholt, mündlich). Zum Inhalt unseres interessanten Paulustextes bringt PARICIO 16 allzu wenig. Wie Lenel auch B. SCHMIDLIN, *Das Rekuperatorenverfahren* (Fribourg 1963) 37 ff., 40 f.; zuletzt G. KLINGENBERG, *Festschrift Mayer-Maly* (2002) 332 ff. Die unhaltbaren und bedauerlichen Textverdächtigungen durch F. PRINGSHEIM: *Bonum et aequum*, SZ 52 (1932) 103 = PRINGSHEIM; *Gesammelte Abhandlungen I* (Heidelberg 1961) 189 f. widerlegte überzeugend RABER (Fn. 191) 71 ff.; ihm zustimmend A. D. MANFREDINI: *La diffamazione verbale I* (Milano 1979) 204 Fn. 47.

²¹⁷ HEUMANN/SECKEL, *Handlexikon s. v. nocens*, mit Nennung unserer Stelle. Vgl. WITTMANN (Fn. 215). RABERS Deutung als „Gemeinschaftschädling“ S. 72 bezöge sich nur auf bestimmte Arten gemeingefährlicher Verbrechen. Der Vorwurf „schandbarer Handlungen“ (so RABER 71) wäre zu unspezifiziert.

²¹⁸ A. PERNICE: *Labeo: Römisches Privatrecht II I* (2. Aufl. Halle 1895) 33 sah hier hingegen eine „rückhaltlose Zulassung des Wahrheitsbeweises“, die im gemeinen Recht vielfach auf Kritik gestoßen sei (mit Lit.). PRINGSHEIM (Fn. 216) hielt das (mit unschlüssiger Begründung) für justinianisch. Zur Frage, welche Partei die stärkere sei, äußert sich D. PUGSLEY, TRG 36 (1968) 381 f. mit Fn. 47.

²¹⁹ F. WUBBE: *Ungewissheit und Unbehagen in Eigentumsfragen* (1977), jetzt in WUBBE: *Ius vigilantibus scriptum*, *Ausgewählte Schriften* (Fribourg 2003) 79 ff., im Anschluss an den Moralthologen Dominicus Soto.

²²⁰ Die Kombination *oportere et expedire* begegnet nur hier.

²²¹ In der u. a. von A. D'ORS herausgegebenen spanischen Digestenübersetzung (1975) lautet der Schlusssatz zutreffend: „pues las faltas de los culpables es conveniente y útil que sean manifestadas.“ Die lateinischen Ausdrücke *notare*, *nota* haben eine ausgesprochen pejorative Konnotation: rügen, tadeln, mit Infamie (Schimpf und Schande) belegen (*notari infamia, ignominia*), s. HEUMANN/SECKEL s. h. vv.

²²² Dies verkannten PERNICE (Fn. 218), ihm zustimmend RABER (Fn. 216): Dem Anrühigen geschehe keine Unehre; er könne nicht erst werden, was er rechtlich schon ist. Aber selbst wenn die Infamie von Rechts wegen *ipso facto* eintrat, bildet deren rechtskräftige Feststellung im Urteil doch erst die entscheidende Grundlage. Nach Pernice soll es am Tatbestand einer Ehrenminderung fehlen. Der Schlusssatz verneint jedoch nur deren Rechtswidrigkeit; zutr.

bestünde an der weiteren Verbreitung des Urteils kein dringliches öffentliches Interesse; und die Ehrverletzungsklage eines wegen einer Straftat mit Infamiefolge Verurteilten wäre nicht schlüssig. Ob der Anzeigende durch die Straftat selbst verletzt wurde und deswegen in Wahrnehmung eigener berechtigter Interessen handelte, bleibt offen. Verglichen mit der modernen Regelung in § 193 StGB erscheint die kurze Textaussage wenig differenziert. Ist der Anzeigende nicht selbst betroffen, handelt er als Fürsprecher des allgemeinen Anliegens an der Verminderung der Dunkelziffer. Das öffentliche Interesse an der Verbrechensaufklärung²²³ – vermutlich zwecks Abschreckung anderer – wird einseitig betont. Dass auch eine wahrheitsgemäße Behauptung ihrer ungehörigen Form wegen eine Beleidigung sein kann, dass auch Straftäter nicht unbegrenzt verunglimpft werden sollten, bleibt außer Betracht.²²⁴ Um straffrei auszugehen, muss dem Anzeigenden schließlich auch der Beleidigungsvorsatz gefehlt haben.²²⁵

Inwieweit schließlich das (problematische) System der Delatorenprämien effektiv zur Verbrechensaufklärung beitrug, liegt außerhalb unseres hier zu behandelnden Themas. Dass die Zuerkennung einer Belohnung der Verbrechensaufklärung dienlich sein kann, vernachlässigte Papinian in D. 29,5,15pr. (oben VIII).

3. Die häufige Erwähnung von Raubüberfällen in den Rechtsquellen²²⁶ lässt hinsichtlich der Effektivität der Verbrechensbekämpfung Skepsis aufkommen. Der *incursus latronum* (oder *hostium*) ist in den öfters begegnenden Kalamitäten-Katalogen neben Unwetterkatastrophen, Feuersbrunst oder Schiffbruch ein stereotyp genanntes Beispiel für entlastende *vis maior*.²²⁷ Außerhalb der befriedeten Munizipien (und zumal zur Nachtzeit) lebte daher der antike Mensch nahezu ständig in der nicht unbegründeten Furcht,

WITTMANN (Fn. 215) 305.

²²³ Einen Rechtfertigungsgrund sieht darin prinzipiell zutreffend KLINGENBERG (Fn. 216) 334.

²²⁴ Straftäter werden einseitig stigmatisiert. Von einer Tilgung einer verbüßten Strafe nach dem Ablauf einer gewissen Zeit im Interesse der Resozialisierung zeigt sich noch keine Spur.

²²⁵ Das erforderliche subjektive Rechtfertigungselement, nur zwecks Verbrechensaufklärung handeln zu wollen, vernachlässigt WITTMANN 305. Die diesbezüglich unpräzise Sachschilderung *qui nocentem infamavit* bringt schon den Übersetzer in Verlegenheit. Zu den im politischen Machtkampf am häufigsten verwendeten Schimpfwörtern zählte der (oft nicht ganz unbegründete) Vorwurf *latro*: GRÜNEWALD passim.

²²⁶ Der Ausdruck *latro* begegnet im ganzen 111 Mal, davon allein in den Digesten 55 Mal. Dazu (ergänzend zu Grünewald) JAN BURIAN: *Latronus: Ein Begriff in römischen literarischen und juristischen Quellen*, Eirene 21 (1984) 17–23 (*non vidi*). Zum von A. MILAN, *Atti Ist. Veneto* 138 (1979) 171–197 untersuchten voraugusteischen Sprachgebrauch von *latro* s. die Anzeige von V. GIUFFRÉ, *Labeo* 27 (1981) 250 ff.

²²⁷ z. B. D. 13,6,18pr.; 19,2,34; 26,7,50; *incursus hostium* in D. 19,2,15,2; TH. MAYER-MALY: *Höhere Gewalt: Falltypen und Begriffsbildung*, in: *Festschrift Steinwenter* (Köln/Graz 1958) 58 ff.; A. DOLL: *Von der vis maior zur höheren Gewalt* (Frankfurt/M. 1989).

mögliches Opfer eines Überfalls zu werden.²²⁸ Erhöhte Gefahren lauerten auf Reisende.²²⁹ Der auch im neutestamentlichen Gleichnis vom barmherzigen Samariter genannte Überfall durch Räuber (Lukas-Ev. 10,25-37) gehörte eben „als Ereignis höherer Gewalt wie Naturkatastrophen zu den Widrigkeiten des alltäglichen Lebens in römischer Zeit.“²³⁰ Besonders gefährliche Gegenden, wo man damit rechnen musste, dass einem durch im Hinterhalt lauernde Wegelagerer das Schlimmste zustößt, waren überdies als *loca insidiosa* bekannt.²³¹

²²⁸ In D. 41,2,3,8 Satz 1 wagt der aus Furcht eingeschüchterte Eigentümer selbst nicht, sich seinem von Räubern besetzten Landhaus zu nähern; damit verliert er seinen Besitz: MÖHLER, SZ 77 (1960) XXX; L. SOLIDORO MARUOTTI: *Studi sull'abbandono degli immobili nel dir. rom.* (Napoli 1989) 99 f.; P. LAMBRINI, L'elemento soggettivo nelle situazione possessorie (Padova 1998) 112. Vgl. D. 42,5,12,2. – Wenn in Alfen D. 19,2,27,1 der Mieter *timoris causa emigrasset*, ist ebenfalls primär an eine Flucht aus Furcht vor Räubern zu denken; vgl. CARSTEN H. MÜLLER: *Gefahrtragung bei der locatio conductio* (Paderborn 2002) 89 f. Bei gerechtfertigter Furcht ist der Pächter von der Entrichtung des Pachtzinses befreit, s. S. TAFARO, *Causa timoris e migratio inquilinorum*, Index 5 (1974) 49 ff. – In D. 19,2,13,7 handelt es sich bei *exercitu veniente* vermutlich um ungesetzliche Einquartierung durch marodierende fremde Truppen, wogegen Widerstand zu leisten von Seiten des Pächters zwar möglich, aber oft nicht zumutbar ist: trotz der Zweifel von R. CARDILLI: *L'obbligazione a praestare* (Milano 1995) 350 ff., 352 wohl auch ein Fall von *vis maior*. Loyale Verbände von Legionären und illegale Abenteurerbanden waren nicht immer leicht voneinander abzugrenzen; Veteranen zogen es bisweilen vor, Briganten zu werden, vgl. C. 12,46,3 (anno 353); SHAW (unten Fn. 235) 352 f. Der in seiner Panik vor dem Gerücht des anrückenden Truppenverbandes fliehende Pächter konnte dessen Legitimation aus der Ferne mangels neuzeitlicher Nachrichtenübermittlungsmethoden vermutlich nicht genauer überprüfen. – In Diokletian C. 7,32,4 (anno 290) ist bei der nicht näher spezifizierten Furcht (*si... ex metus necessitate culturam eius <praedii> distulisti*) wohl ebenfalls an kriegेरische Auseinandersetzungen in der betreffenden Gegend zu denken, vgl. T. GIARO: *Excusatio necessitatis nel dir. rom.* (Warschau 1982) 80. – Nach D. 4,2,9pr. erörtere Labeo, welcher Rechtsbehelf eingreift, falls jemandem zu Ohren kommt, es nähere sich ein Bewaffneter, und darauf hin sein Grundstück verlässt. In D. 29,5,2 flüchtete ein von Räubern erschreckter und verwundeter Iulius Donatus in seine Villa. Bevor er starb, reinigte er durch testamentarischen Vermerk seine Sklaven von jeder Schuld an seinem Tode: Mit diesem Attest pflichtgemäßen Beistandes rettet der Testator seine Sklaven vor der vom SC *Silanianum* vorgeschriebenen Tortur; CHR. PAULUS: *Die Idee der postmortalen Persönlichkeit im römischen Testamentsrecht* (Berlin 1992) 221 ff.; DALLA XXX. – Die meisten dieser Fälle könnten sich unter heutigen rechtsstaatlichen Verhältnissen kaum noch ereignen.

²²⁹ Stirbt ein Sklave auf der zum Zwecke seiner Freilassung zum Provinzgouverneur unternommenen Reise, braucht dessen Herr einen *manumissionis gratia* empfangenen Gelddbetrag grundsätzlich nicht zurückzuzahlen. Das gilt insbesondere, wenn der Sklave von Räubern getötet, durch Einsturz eines Stallgebäudes erschlagen oder von einem Wagen überrollt wird: Ulpian D. 12,4,5,4.

²³⁰ GRÜNEWALD (o. Fn. 76) 28 ff. Das *periculum latronum* erwähnt auch der Apostel Paulus, 2. Korinther 11,26 unter den zahlreichen Gefahren, denen er auf seinen ausgedehnten Reisen ausgesetzt war.

²³¹ Gaius D. 39,6,4: Schenkung von Todes wegen vor Antritt einer Reise durch *insidiosa loca*; D. 6,1,36,1: Verschulden des Vindikationsbeklagten, der den herausverlangten Sklaven auf eine Reise *per insidiosa loca* schickt; ähnlich D. 9,2,9,3. Spezielle Rückzugsgebiete für Briganten waren unwegsamen Sümpfe, unübersichtlich verzweigte Flussmündungen wie das Nildelta und

Wenn aber nur in einem Bruchteil von begangenen Verbrechen die Täter ergriffen und verfolgt werden, steht der Abschreckungsgedanke als hohle Drohung auf dem Papier. Dann gilt, wer sich erwischen lässt, als der Dumme. „Die Nürnberger hängen keinen, sie hätten ihn denn,“²³² sagt prahlerisch derjenige, der eine Warnung in den Wind schlägt und hofft, einer angedrohten Strafe entgehen zu können. Mit dem effektiven Verfolgungsdruck, der Ergreifungswahrscheinlichkeit war es in der Antike nicht gut bestellt. Ein in der Öffentlichkeit präsender Polizeischutz gegen Rowdium und Alltagskriminalität existierte praktisch nicht.²³³ Selbstschutz der Bürger war vor allem nötig.²³⁴ Über das Banditenunwesen in Isaurien (Kleinasien) berichtet Ammianus Marcellinus vom Ende des 4. Jh.: (Faktische) „Straflosigkeit stachelte ihren frechen Sinn zu immer schlimmerer Verwegenheit an...“²³⁵ Wer die Ahndung von Verbrechen vernachlässigt, lädt ein zu weiteren, ja schlimmeren Verbrechen.²³⁶ Die geschärften Todesstrafen der Kreuzigung oder der Tierhetze

vor allem die unerschlossenen großen Gebirgszüge, s. SHAW in Giardina (u. Fn. 235) 345 ff., 349 ff.; GRÜNEWALD Reg. S. 262 s. v. Bergland als Räubergebiete. Die Region um den geheimnisumwitterten Ätna wurde beispielsweise zwischen 40 und 30 v. Chr. heimgesucht durch den Brigantenführer Selouros, den „Sohn des Ätna“: GRÜNEWALD 100 ff.

²³² WANDER (o. Fn. 8) III 1071. Die alte blühende Reichsstadt Nürnberg wird (nicht selten spöttisch) in vielen Redensarten genannt, s. RÖHRICH (o. Fn. 1). Nach GRAF/DIETHERR (Fn. 35) 347 auch auf den flüchtigen Verbrecher zu beziehen und als Kritik zu verstehen an dem im nachmittelalterlichen Recht zur Abschreckung vorgenommenen symbolischen Strafvollzug an seinem Bildnis, der dem römischen Recht unbekannten *executio in effigie*; dazu W. BRÜCKNER, Artt. Bildnisstrafe und Effigies, HRG I 424 ff., 806 ff. Nach Kreittmayrs kritischer Anmerkung (zit. bei GRAF/DIETHERR) sei bei dieser Exekution „wohl darauf zu achten, dass sie nicht mehr zum Gelächter als zum Exempel diene“.

²³³ Überblick bei WEEBER (o. Fn. 79) und Artt. Polizei S. 278 f., Straßenkriminalität S. 346 f. Weiter O. ROBINSON, *Ancient Rome: City Planning and Administration* (London 1992) chapter 12, 13: *The Forces of Law and Order etc.* – Aus dem Dorf Euhemeria in der ägyptischen Faiyum-Oase ist aus den Jahren 28 bis 42 n. Chr. durch einen archäologischen Glücksfall ein Archiv von Strafanzeigen über Delikte der ländlichen Alltagskriminalität erhalten; anschaulich geschildert mit reichen Nachweisen von GRÜNEWALD 39–47. Frauen sind als Beschuldigte auch dort deutlich in der Minderheit: GRÜNEWALD 45 (vgl. schon o. Fn. 115). Gern wüsste man, wie viele der dort genannten Verdächtigen überführt und zur Rechenschaft gezogen werden konnten.

²³⁴ Plinius empfahl Reisenden das Mitführen von Hunden, s. GRÜNEWALD 31. Durch das Tragen von Waffen konnte man freilich in den Verdacht geraten, selber ein Räuber zu sein: Apuleius Met. 8,16–18. – Angreifende Straßenräuber durch List zu täuschen, war (ähnlich der Notwehr) als *dolus bonus* erlaubt: D. 4,3,1,3; WACKE, SZ 94 (1977) 221 ff. – Die Entführung der Begleitperson (des „body-gards“) wäre auch unter dem Aspekt der persönlichen Sicherheit zu würdigen. Das *comitem abducere* in D. 47,10,15,15–19 war allerdings eine reine Frauenschutzbestimmung zum Schutze weiblicher Schamhaftigkeit; F. RABER, *Studi Volterra III* 633–646. – Auf den Latifundien hatten *saluarii* als Forst- und Feldhüter für die Gefahrenabwehr (auch gegen Holzdiebstahl) zu sorgen, in den Digesten achtmal bezeugt: WACKE: Umweltschutz im römischen Recht? OIR 7 (2002) 101 ff., 129. Zur „Domänenpolizei“ s. M. ROSTOVZEFF, *Philologus* 64 (1905) 297–307; vgl. GRÜNEWALD 34.

²³⁵ *Res gestae* 14,2,1–2,4; BRENT D. SHAW: Der Bandit, in: A. Giardina (Hrsg.), *Der Mensch der römischen Antike* (Frankfurt/M. u. a. 1991) 337 ff.

²³⁶ Eine alte Weisheit: *Invitat culpam, qui peccatum praeteriit* (Publilius Syrus). *Impunitas ad*

(oben V 6) beeindruckten die zusammengerotteten *latrones* vermutlich wenig. Eher hofften sie, dass es ihnen gelänge, bei einem Überfall auch den letzten in Betracht kommenden Zeugen umzubringen; eine solch gefährlich Bande war ohnehin nur schwer zu ergreifen. Übersichtlichere Straßen und unregelmäßige Patrouillen hätten vermutlich mehr bewirkt.²³⁷ An Bemühungen zur Bekämpfung fehlte es zwar nicht.²³⁸ Zu den Aufgaben eines verantwortungsbewussten Statthalters rechnet Ulpian D. 1,18,13pr. vor allem die Sorge für Frieden und Ruhe in der Provinz durch Verfolgung von Übertätern jeder Art wie Tempelräuber, Wegelagerer und Diebe, einschließlich ihrer Helfershelfer, die ihnen Unterschlupf gewähren, und Hehler.²³⁹ In

deteriora invitat: LIEBS Nr. J 132, 24. Wer Schuldige verschont, bedroht die Unschuldigen: *Bonis nocet, qui malis parcit. Minatur innocentibus, qui parcit nocentibus*: LIEBS Nr. B 17, M 45. Wer Unrecht nicht verfolgt, begeht darum selbst Unrecht: *Iniuriam ipse facias, ubi non vindices*: LIEBS Nr. J 82. „Wer nicht straft die Missetat, selber schuldig wird der Tat“: WANDER (o. Fn. 8) Strafe Nr. 28. Dass man im Zweifel eher einen präsumptiv Schuldigen freisprechen soll als einen möglicherweise Unschuldigen verurteilen (Trajan D. 48,19,5pr.: *In dubio pro reo*: LIEBS Nr. J 62), steht nicht entgegen.

²³⁷ An den Knotenpunkten der Reichsfernstraßen ließ Augustus planmäßig Polizeiposten (*stationes*) anlegen. Den *stationarii* oblag auch die Verbrechensverfolgung: LANATA (u. F. 240) 299 f. m. Nachw. Auch der Straßenbau dient zuweilen der Befriedung unruhiger Regionen. Die Erfolge dieser vorbeugenden Konzepte zur Verbrechensverhütung beurteilt GRÜNEWALD 32–35 insgesamt eher skeptisch.

²³⁸ Ergänzend zu Grünwald siehe A. D. MANFREDINI, Municipii e città nella lotta ai latrones, in: *Annali Univ. Ferrara* 6 (1992) 23–34, auch in: González Fernández (ed.), *Roma y las provincias. Realidad administrativa e ideología imperial* (Madrid 1994) 147–159. Zu den wirksamsten Methoden der Ergreifung von Briganten gehörte die Anstiftung von Spießgesellen und Kollaborateuren (*receptores*) zum Verrat: SHAW (Fn. 235) 361. Bulla Felix konnte nur durch die List gefasst werden, dass eine Geliebte durch das Versprechen von Vorteilen dazu verleitet wurde, ein mit ihm verabredetes heimliches Stelldichein preiszugeben: GRÜNEWALD 169. – KRAUSE 24 ff. glaubt für die Kaiserzeit an eine Verbesserung der Strafverfolgung. Einzuräumen ist, dass jedenfalls die Anstrengungen dazu verstärkt wurden. Gewerbsmäßiges Kidnapping von Sklaven und Freien nahm trotzdem unter Diokletian sogar im Stadtgebiet Roms überhand. Wie heutzutage bei auffälligen Straftaten, erscholl schon damals der Ruf nach härterer Bestrafung (C. 9,20,7: oben V 11). Gegen eine Verschärfung der Strafgesetze wird dann von besonnener Seite regelmäßig eingewandt, die geltenden Bestimmungen reichten aus. Die Effektivität schärferen Einschreitens wird angezweifelt, weil statistisch nicht zu ermitteln ist, wie viele Personen sich dadurch mehr als bisher abschrecken lassen. – Für das Zeitalter Justinians kann von einer gesetzmäßigen Strafverfolgung trotz wortreicher kaiserlicher Lippenbekenntnisse, die eher ein Ausdruck von Hilflosigkeit sind, jedenfalls in den Provinzen keine Rede sein: N. VAN DER WAL, *La codification de Justinien et la pratique contemporaine*, *Labeo* 10 (1964) 232; LANATA (u. Fn. 240) 298 f.

²³⁹ Zu D. 1,18,13pr. bringen SHAW (Fn. 235) 356 und GRÜNEWALD 33 Fn. 61 weiterführende Hinweise; s. bes. MAROTTA: *Mandata principum* (Torino 1991) 161 ff.; ferner SANTALUCIA in: *Derecho romano de obligaciones, Homenaje Murga* (Madrid 1994) 786 f. und PIETRINI (Fn. 243) 41 f.; Zweifel an der palinogenetischen Einordnung äußert MAROTTA (Fn. 52) 255 f. Die sehr schwierige Aufgabe *ut pacata atque quieta provincia sit* verniedlicht Ulpian allerdings zu sehr mit den Worten *quod non difficile optinebit*. Die Kaiser mussten sich die Sorge für die öffentliche Sicherheit besonders angelegen sein lassen, denn von der Zufriedenheit der Bevölkerung hing die Legitimität ihrer eigenen Herrschaft ab. Schwierig gestaltete sich die auch durch kaiserliche

mehreren Provinzen ist inschriftlich ein Beamter zur Abwehr von Raubüberfällen (*praefectus arcendis latrocinii*) bezeugt.²⁴⁰ Ulpian erwähnt einen *latrunculator* als Sonderbevollmächtigten für die Bekämpfung von Straßenräubern;²⁴¹ wohl das lateinische Pendant zum Irenarchen in den östlichen Provinzen (oben VI 5 bei Fn. 147 zu D. 48,3,6,1). Als weitere Beauftragte zur Verbrechensaufklärung wären zu erwähnen während der Republik die Drei-Männer-Behörde,²⁴² in der Spätzeit der *defensor civitatis*.²⁴³

Die vorbeugende Verhütung von Verbrechen ist schließlich wichtiger als zu verhindern, dass bereits begangene ungestraft bleiben.²⁴⁴ Effizientere Methoden der Strafverfolgung konnten die Juristen aber nicht schaffen. Als Berater im kaiserlichen Konsilium konnten sie höchstens auf deren Verbesserung dringen. So dürften die abschreckenden, in der Spätantike sogar exorbitant hohen Strafandrohungen ein Symptom für die Schwäche der Staatsgewalt bei der Verbrechensbekämpfung und -verfolgung bilden.²⁴⁵

mandata eingeschränkte Verbrechensbekämpfung (D. 48,13,4,2) wegen der sehr unterschiedlich mit Sicherheitskräften ausgestatteten einzelnen Provinzen; an deren Grenzen gab es überdies Kompetenzprobleme wegen des offenbar fehlenden Rechts der Nacheile; vgl. SHAW (Fn. 235) 356 f. – Zur planmäßigen Entwaffnung der Zivilbevölkerung siehe die Nachweise bei GRÜNEWALD 34 Fn. 67. Als vorbeugende Maßnahme wurde anno 365–65 n. Chr. zwecks Einschränkung der Operationsfelder und der Fluchtmöglichkeiten den Hirten und anderen nicht staatlicherseits dazu Legitimierten als potentiellen Delinquenten sogar das Halten von Pferden untersagt: CTh. 9,30,1 und 4–5; SHAW (Fn. 235) 355. Auf dieser Linie liegt es, wenn Motorradfahrern in Neapels Innenstadt kürzlich dem Vernehmen nach durch Polizeiverordnung die Mitnahme eines Soziusfahrers verboten wurde, um zu verhindern, dass sie Fußgängern ihre Taschen entreißen.

²⁴⁰ GRÜNEWALD 33 f. Er erwähnt Fn. 35 sogar „Räuberfänger“ als geachtete und gesuchte Spezialisten. Weiteres zu „Räuberjägern“ bringt G. LANATA im lesenswerten Beitrag (allerdings unter wenig kennzeichnender Überschrift) „Henkersbeil oder Chirurgenmesser?“, in: Rechtshistorisches Journal [RJ] 6 (1987) 292–306, 302 f.

²⁴¹ D. 5,1,61,1. Der *latrunculator* (das Wort findet sich in den klassischen Rechtsquellen nur hier) hat danach keine Rechtsprechungskompetenz in vermögensrechtlichen Angelegenheiten. Er war aber offenbar (wie *e contrario* daraus zu folgern ist) mit einer Kriminaljurisdiktion in unterer Instanz ausgestattet. Vgl. MOMMSEN: *Röm. Staatsrecht II* 2 (3. Aufl. 1887, Neudr. 1963) 1075 Fn. 2; eingehend, mit späteren Parallelen im griechischen Osten LANATA 303 ff.

²⁴² CASCIONE: *Tresviri capitales* (Napoli 1999).

²⁴³ C. 1,55,6 = C. 1,29,8 von 392; V. MANNINO: *Ricerche sul defensor civitatis* (Milano 1984) 117 f.; St. PIETRINI: *Sull'iniziativa del processo criminale romano* (IV–V secolo; Milano 1996) 138. Zum Irenarchen o. Fn. 147.

²⁴⁴ Vgl. o. Fn. 191 f. Um Einbruchsdiebstähle in die während der öffentlichen Spiele verlassenen Häuser zu verhüten, ließ Augustus zur Zeit der Veranstaltungen verstärkt Wachleute patroullieren: GRÜNEWALD 37 f.

²⁴⁵ Weitere Indizien sind das Ende des 4. Jh. erweiterte Notwehrrecht (o. Fn. 140), besonders das staatlicherseits nicht gemeisterte gesellschaftliche Phänomen der *potentiores* (o. Fn. 157). – Übereinstimmend für das deutsche Mittelalter EBERHARD SCHMIDT: *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege* (3. Aufl. Göttingen 1983) 67. – Bei militärischen Straftaten war es um die Verfolgungsdichte wegen der ständigen Begleitung durch Kommilitonen vermutlich günstiger bestellt.

Bibliographie²⁴⁶

A. Strafzwecke nach römischem Recht

- BIONDI, BIONDO 1954: Il diritto romano cristiano, vol. III, S. 425–429.
- BÖRSCH, MICHAEL 2003: Damit Übeltaten nicht ungestraft bleiben. Impunitas als Argument der klassischen römischen Juristen (Frankfurt/M.).
- BONINI, ROBERTO 1993: Alcune considerazioni sulla funzione della pena nelle Novelle giustinianee, in: Diliberto 1993, S. 397–414.
- BUONAMICI, F. 1899: Il concetto della pena nel diritto giustiniano, in: Pel cinquantesimo anno d'insegnamento di Enrico Pessina II: Sudii di diritto penale (Napoli) 185–204.
- DE ROBERTIS, FRANCESCO 1948: La funzione della pena nel diritto romano, in: Studi in onore di Siro Solazzi (Napoli) 169 ff. = DE ROBERTIS, Scritti varii di diritto romano vol. III (Bari 1987) 5–34.
- DILIBERTO, OLIVIERO 1992: Materiali per la palingenesi delle XII Tavole vol. I (Cagliari), bes. S. 304–329.
- DILIBERTO, OLIVIERO 1993: La pena tra filosofia e diritto nelle Noctes Atticae di Aulo Gellio, in: Diliberto (u. B).
- DUCOS, MICHELE 1984, Les romains et la loi. Recherches sur les rapports de la philosophie greque et de la tradition romaine à la fin de la République (Paris), bes. chapitre VII: «La crainte du châtement».
- FERRINI, CONTARDO 1899: Diritto penale romano, Teorie generali (Milano) S. 25–34: “Natura ed ufficio del diritto penale”.
- GIOFFREDI, CARLO 1971: Sulla concezione romana della pena, in: Sudi in onore di Edoardo Volterra vol. II (Milano) 333–350 = GIOFFREDI, I principi del diritto penale romano (Torino 1970) 41–61.
- GÜNTHER, LOUIS 1889: Die Idee der Wiedervergeltung in der Geschichte und Philosophie des Strafrechts I (Erlangen, Neudruck Aalen 1966) 109–161.
- HUMBERT, MICHEL 1989/91: La peine en droit romain, in: La peine/punishment, Recueils de la Société Jean Bodin 55 partie I Antiquité (Bruxelles) 133–183, bes. 135–154.
- NAGLER, JOH. 1918: Die Strafe (Leipzig), Erste (einzige?) Hälfte. Darin § 11: Der römische Strafbegriff, S. 137–155.

²⁴⁶ Verwendete Abkürzungen: ANRW = Aufstieg und Niedergang der römischen Welt (hrsg. H. Temporini/Haase); BIDR = Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano (Roma); C. = CJ. = Codex Justinianus; CTh. = Codex Theodosianus; D. = Digesta; OIR = Orbis Iuris Romani (Bratislava/Brno/Trnava); PS = Pauli Sententiae; RHD = Revue historique de droit français et étranger (Paris); RIDA = Revue d'Histoire des Droits de l'Antiquité (Bruxelles); SDHI = Studia et Documenta Historiae et Iuris (Roma); SZ = ZRG = Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Köln/Weimar/Wien); TRG = Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis (Leiden).

- REIN, WILHELM 1844: Das Kriminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinian (Neudruck Aalen 1962) 77–88.
- SITZIA, FRANCESCO 1990: Aspetti della legislazione criminale nelle Novelle di Giustiniano: Il problema della giustificazione della pena, in: Subseciva Groningana 4 (Groningen) 211–220.

B. Sonstige (allgemeinere) Abhandlungen zum römischen (und frühmittelalterlichen) Strafrecht²⁴⁷

- ALEXANDER, MICHAEL C. 2002: The Case for the Prosecution in the Cicero-
nian Era (Ann Arbor).
- BAUMAN, RICHARD A. 1996: Crime and Punishment in Ancient Rome
(London); rez. v. G. KLINGENBERG, SZ 115 (1998) 605–615.
- BRASIELLO, UGO 1937: La repressione penale in diritto romano (Napoli).
- BURDESE, ALBERTO (a cura di) 1988: Idee vecchie e nuove sul diritto criminale
romano (Padova).
- CANTARELLA, EVA 1991: I supplizi capitali in Grecia e a Roma (Milano).
- CASCIONE, COSIMO 1999: Tresviri capitales. Storia di una magistratura minore
(Napoli).
- (Châtiment): Le châtiment et la cité. Table ronde 1982, École française de
Rome, 79 (1984).
- DILIBERTO, OLIVIERO 1993 (a cura di): Il problema della pena criminale tra
filosofia greca e diritto romano (Napoli).
- ERMANN, JOACHIM 2000: Strafprozess, öffentliches Interesse und private
Strafverfolgung. Untersuchungen zum Strafrecht der römischen Republik
(Köln); rez. v. E. HÖBENREICH, SZ 120 (2003) 286–298.
- FUCHS, J. G. 1959: Römisches Recht und moderne Strafrechtswissenschaft, in:
Stellung und Aufgabe des Richters im modernen Strafrecht. Schweizerische
Zeitschrift für Strafrecht Bd. 75, Mélanges O. A. Germann (Bern) 21–34.
- FUHRMANN, MANFRED 1962: Art. ‚poena‘, in: Paulys Realencyklopädie der
class. Altertumswiss., Suppl. IX 843–961 (zusammenfassender Überblick
über die Kriminalstrafen Sp. 855–961).
- FUHRMANN, MANFRED 1991: „Grundrechte“ im Strafprozess der römischen
Republik und ihr Wiederhall im 18./19. Jh., in: O. Behrends/M. Diesselhorst
(Hrsg.), Libertas: Symposium Wieacker z. 80. Geb.Tag (Ebelsbach) 97–112.
- GAROFALO, LUIGI 1997: Appunti sul diritto criminale nella Roma monarchica e
repubblicana (3. ed. Padova).
- GAROFALO, LUIGI 2001: Concetti e vitalità del diritto penale romano, in: Iuris
vincula, Studi M. Talamanca IV (Napoli) 73–106.

²⁴⁷ Ausführliche Literaturberichte über neuere Arbeiten zum römischen Kriminalrecht bringen
D. A. CENTOLA, SDHI 63 (1997) 499–520 und M. MIGLIETTA in F. Amarelli/F. Lucrezi (o. Fn.
75) 247 ff.

Die Zwecke von Buße und Kriminalstrafe nach römischen Rechtsquellen – 469

- GEBHARDT, JÖRG 1994: Prügelstrafe und Züchtigungsrecht im antiken Rom und in der Gegenwart (Köln etc.); rez. v. É. JAKAB, SZ 113 (1996) 667–669; G. CRIFÒ, Iura 45 („1994“, aber 1997) 150 ff.
- GENIN, JEAN-CLAUDE 1968: La répression des actes de tentative an droit criminel romain (Thèse Lyon).
- GIUFFRÈ, VINCENZO 1998: La repressione criminale nell'esperienza romana. Profili (5. ed. Napoli).
- HÖBENREICH, EVELYN 1989/90: Leopold Wenger und das Studium des römischen Strafrechts, BIDR 31/32, 377–407.
- HÖBENREICH, EVELYN 1990: Überlegungen zur Verfolgung unbeabsichtigter Tötungen von Sulla bis Hadrian, SZ 107, 305 ff.
- HOLZHAUER, HEINZ 1993: Zum Strafgedanken im frühen Mittelalter, in: Festschr. Ekkehard Kaufmann (Paderborn) 179–192 = HOLZHAUER, Beiträge zur Rechtsgeschichte, hrsg. St. Chr. Saar/A. Roth (Berlin 2000) 112–126.
- HÜBNER, HEINZ 1985: Zum Ius puniendi in der Geschichte des römischen Rechts, in: Festschr. für Dietrich Oehler S. 3 ff. = HÜBNER, Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte, Ausgewählte Schriften (Köln 1997) 393 ff.
- KIRNER, GUIDO O. 2004: Strafgewalt und Provinzialherrschaft. Eine Untersuchung zur Strafgewaltpraxis der römischen Statthalter in Judäa (6–66 n. Chr.) (Berlin)
- KRAUSE, JENS-UWE 1996: Gefängnisse im Römischen Reich (Stuttgart); rez. v. G. KLINGENBERG, SZ 115 (1998) 615–623; A. CHAUVOT, Gnomon 72 (2000) 183 f.
- LIEBS, DETLEF 1980: Alexander Severus und das Strafrecht, in: Antiquitas Reihe 4, Beiträge zur Historia-Augusta-Forschung Band 14 (Bonn 1980) 115–147 (Bonner Historia-Augusta-Colloquium 1977/1978).
- LIEBS, DETLEF 1983: Strafrechtliches in der Tacitus-Vita, in: ebenda Band 15 (Bonn 1983) 157–171.
- LIEBS, DETLEF 1985: Unverhohlene Brutalität in den Gesetzen der ersten christlichen Kaiser, in: O. Behrends u. a. (Hrsg.), Römisches Recht in der europäischen Tradition (Ebelsbach) 89–116.
- LIEBS, DETLEF 2002: Öffentliches und Privatstrafrecht in der römischen Kaiserzeit, in: J. Weitzel (Hrsg.), Hoheitliches Strafen in der Spätantike und im frühen Mittelalter (Köln) 11–25.
- LOVATO, ANDREA 1994: Il carcere nel diritto penale romano dai Severi a Giustiniano (Bari); rez. v. R. KNÜTEL, Iura 45 („1994“, aber 1997) 163–167; A. VÖLKL, SZ 114 (1997) 610 ff.; E. HÖBENREICH, Gnomon 72 (200) 141–145.
- MACMULLEN, J. 1986: Judicial savagery in the Roman Empire, Chiron 16, 147–166.
- MANFREDINI, ARRIGO D. 1998: La “Bestrafung des schuldigen Gliedes”, in: Index 26 (1998) 231 ff.

- MASIELLO, TOMMASO 1996: Mommsen e il diritto penale romano (Bari); rez. v. G. GRIFÒ, SDHI 62 (1996) 535–541.
- MOLNÁR, IMRE 1998: Grundprinzipien des römischen Strafrechts, in: O. M. Péter/B. Szabó (Hrsg.), A bonis bona discere, Festgabe J. Zlinszky (Miskolc), 189–208.
- MUCIACCIA, GIANCARLO 1980: Sull'uso del termine ‚casus‘ nel diritto penale romano, in: Atti del II Seminario romanistico gardesano (Milano) 333–355.
- NEHLSSEN, HERMANN 1983: Entstehung des öffentlichen Strafrechts bei den germanischen Stämmen, in: K. Kroeschell (Hrsg.), Gerichtslauben-Vorträge. Freiburger Festkolloquium für H. Thieme (Sigmaringen) 3–16.
- PAVÓN TORREJÓN, P. 2003: La carcel y el encarcelamiento en el mundo romano
- PUGLIESE, GIOVANNI 1969/1985: Le garanzie dell'imputato nella storia del processo penale romano, in: PUGLIESE, Scritti giuridici scelti II (Napoli 1985) 603–619 (zuerst 1969).
- PUGLIESE, GIOVANNI 1982/1985: Linee generali dell'evoluzione del diritto penale pubblico durante il principato, ANRW 14.2, 722–789 = PUGLIESE, Scritti cit. II 651–720.
- REHFELDT, BERNHARD 1965: Die Entwicklung der Strafe, in: Festschrift H. C. Nipperdey I (München) 95–111.
- ROBINSON, O. F. 1995: The Criminal Law of Ancient Rome (London).
- ROBINSON, O. F. 1998: Crime and Punishment and Human Rights in Ancient Rome, in: H. Jones (Hrsg.), Le monde antique et les droits de l'homme, Actes de la 50^e Session de la Société internationale pour l'histoire des droits de l'antiquité (Bruxelles) 325–334.
- ROBINSON, O. F. 2001: Unpardonable Crimes: Fourth Century Attitudes, in: J. Cairns/O. Robinson (editors), Ancient Law, Comparative Law & Legal History. Essays in Honour of Alan Watson (Oxford) 117–126.
- SALERNO, FRANCESCO 2003: „Ad metalla“: Aspetti giuridici del lavoro in miniera (Napoli).
- SANTALUCIA, BERNARDO 1994: Studi di diritto penale romano (Roma).
- SANTALUCIA, BERNARDO 1998: Diritto e processo penale nell'antica Roma (2. ed. Milano); rez. v. T. SPAGNUOLO VIGORITA, Index 29 (2001) 376–395. Die 1. Aufl. von 1989 übersetzte E. HÖBENREICH: Verbrechen und ihre Verfolgung im antiken Rom (Lecce 1997).
- SCAPINI, NEVIO 1992: Diritto e procedura penale nell'esperienza giuridica romana. Lezioni (Parma).
- SPERANDIO, MARCO URBANO 1998: Dolus pro facto. Alle radici del problema giuridico del tentativo (Napoli); rez. v. L. GAROFALO, Iura 49 („1998“, aber 2002) 186–194.
- THOMAS, YAN 1996, Sich rächen auf dem Forum. Familiäre Solidarität und Kriminalprozeß in Rom (1. Jh. v. Chr.-2. Jh. n. Chr.), in: Historische Anthropologie 4 (1996) 161–186. Frz. Original: Y. THOMAS, Se venger au

- forum. Solidarité familiale et procès criminel à Rome, in: *La vengeance III* (hrsg. Verdier/Poly) Paris 1984, S. 87 ff.
- TORALLAS TOVAR, S./PÉREZ MARTÍN, I. (Hrsg.) 2003: *Castigo y reclusión en el mundo antiguo*
- VENTURINI, CARLO 1996: *Processo penale e società politica nella Roma repubblicana* (Pisa).
- WACKE, ANDREAS 1979: Fahrlässige Vergehen im römischen Strafrecht, *RIDA* 26, 505–566.
- WACKE, ANDREAS 1980: Der Selbstmord im römischen Recht und in der Rechtsentwicklung, *SZ* 97, 26–77.
- WACKE, ANDREAS 1993: Audiatur et altera pars. Zum rechtlichen Gehör im römischen Zivil- und Strafprozess. in: M. J. Schermaier/Z. Végh (Hrsg.), *Ars boni et aequi. Festschr. für Wolfgang Waldstein* (Stuttgart) 369–399.
- WACKE, ANDREAS 1995: Poenalisierung des untauglichen Versuchs? in: *Collatio iuris romani. Études dédiées à Hans Ankum* (Amsterdam) vol. II 593–602.
- WALDSTEIN, WOLFGANG 1964: Untersuchungen zum römischen Begnadigungsrecht. *Abolitio-indulgentia-venia* (Innsbruck).

ANDREAS WACKE

A BÍRSÁG ÉS A BÜNTETÉS CÉLJA A RÓMAI JOG FORRÁSAI SZERINT

(Összefoglalás)

A tanulmány a büntetés okát (miért) és célját vizsgálja. A szerző először a büntetéselmélet filozófiai alapjait elemzi (I). Már az ókori bölcselek a megtorlást és a megelőzést emelik ki a büntetésnél (Seneca, Gellius). A szakirodalmat 150 éve Theodor Mommsen alapvető műve (*Römisches Strafrecht* 1899) befolyásolja (II). A szerző részletesen elemzi az újabb monográfiákat, majd a magánjogi és a büntetőjogi jogellenes cselekmények kategóriát foglalja össze (III). A büntetés legősibb eleme a megtorlás gondolata (IV). A római jog forrásai gyakran hivatkoznak az elrettentésre is (V). A szerző részletes exegézis keretében foglalkozik Paulus, Gaius, Tryphonius, Callistratus, Modestinus kommentárjaival és a Kr. u. 3. századból datált császári rendeletekkel.

Már Paulus kiemeli a pénzbírság nevelő jellegét; ezzel indokolja, hogy a bírságfizetési kötelezettség az örökösökre nem száll át. Hadrianus szintén a javí-

tási célzatot hangsúlyozza, amikor a sportbaleset révén előállt halált okozó testi sértés gondatlan változatát (törvényi rendelkezés híján is) száműzetéssel bünteti. A nevelő-javító szándék vezetett a visszaeső tettesek szigorúbb büntetéséhez is (Callistratus). A büntetés más esetben elégtétel adását is célozhatta (VII). Öröklésjogi eset kapcsán veti fel Paulus a kérdést, hogy az örökhagyó erőszakos halálát megbosszuló, de csak helyettes örökösként nevezett örökös előre léphet-e (VIII).

A szerző ezt követően részletesen összefoglalja tanulmánya eredményeit (IX). A X. pont a keresztény ideológia hatását elemzi a büntetési koncepcióra. Végül a klasszikus római jogászoknak a megelőző intézkedésekre vonatkozó nézeteit ismerteti.

ZLINSZKY JÁNOS

Pólay Elemér és a római jog történetének rejtélyei

Mikor tíz évvel Pólay Elemér halála után körültekintettünk a tiszteletére rendezett ünnepség résztvevőin, óhatatlanul jó érzéssel kellett megállapítanunk: a magyar romanisztika él és virul. Nem természetes ez az öröndetes tény. A teljes eltörlés, majd a lassú kihalasztás egyaránt szerepelt azok elképzelésében, akik e század második felében a magyar jogtudomány hivatott irányítóinak tartották magukat. 1957-ig Marton Géza volt az a szikla, amelyen az ilyen óhajtasok megtörttek, az utána következő 30 évben a Brósz-Pólay-Benedek triumvirátus tartotta meg a fenyegetett állásokat úgy, hogy a római jogról is el lehetett mondani: *succincta tamen virescit*.

A Pólay Elemér halálát követő másfél évtizedben látványosan kalászbá szökkent az addig lappangó vetés. Méltó, hogy e feletti örömlünkben is emlékezzünk azokra, akik megalapozták és megtartották számunkra a lehetőségeket. A decenniárium alkalmával, és azóta is egy sor fiatal kolléga előadásából, munkásságából tűnt ki kézzelfoghatón, Pólay Elemér sokoldalú munkássága mennyire alapját képezi nem csak a római jog stúdiuma megmaradásának, de a tudományos művelése felvirágzásának is. Áll ez különösen a hozzá legközelebb álló szegedi iskolára, amelyet az ő szellemében vittek tovább tanítványai. Közülük a korelnök, Molnár Imre barátom és pályatársam tiszteletére szeretném közreadni annak idején az ő ösztönzésére összefoglalt gondolataimat.

A római jognak vannak örökzöld, mindig más-más oldalról megvilágítható és elemezhető tárgyai. A *caput*, a tulajdon, a birtok, a felelősségi rendszer, a *strictum ius* biztonságot nyújtó s az *aequum ius* méltányosságból segítő elvei közötti művészi eligazodás, a norma és a peres igény társadalmi rendet teremtő és megtartó összjátéka minden európai jogász közös kincse. Ám közös értéke ennek a stúdiumnak a történetiség is, a jog állandósága és változandósága, az azt befolyásoló tényezők és az azt korlátozó, stabilitás iránti társadalmi igény megmutatásának, meglátásának lehetősége egy klasszikus hagyaték részben lezárt fejlődési képletén. A római jogász számára minden időben kötelesség volt kincseiből annyit előhozni, amennyi az adott kor gyakorlati jogászának igénye (ha nem is mindig tudatosan), de ahhoz, hogy átláthassa a kincstár gaz-

dag készleteit, újra meg újra meg kell kísérelnie fellebbenteni kissé azokat a fátylakat, amelyek a múlt egy-egy szakaszának tiszta látását a ma élők számára megnehezítik.

Pólay Elemér munkásságában az első feladatnak messzemenőn megfelelt. Modern jogalkotásunk sokat köszönhet neki, amikor a római jog táplálta széles és mély ismeretei segítségével aktuális jogalkotási kérdésekben hallatta hangját (így annak idején a Ptk. szerkesztőbizottságában), vagy amikor a római jog tanításához elengedhetetlen tankönyvekkel, központi tárgyak feldolgozásával szolgálta a jogi oktatást és kutatást. Engem most mégis azok a pillantásai készítetnek megállásra, amelyeket a történelem takart szakaszainak fátylai mögé igyekezett vetni. Jelezte legalábbis, hogy vannak egyelőre ismeretlen részletek e fátyol mögött, amelyeknek legalábbis létét tudatosítanunk érdemes akkor is, ha részletes megismerésük források híján aligha lesz valaha is lehetséges.

A magam kutatásai számára érdekes és biztató volt az a néhány kisebb tanulmány, amelyet e körben Pólay a királyok korának jogára, az archaikus Róma viszonyaira vetett, így elsősorban a királyi törvények vitatott hagyományából felcsillanó családi, házi bíráskodásra,¹ az atyai hatalom tartalmára,² valamint a latin jog kérdésére.³ Azon idők alig olvasható jegyei ezek, amikor Róma még egy volt a latin városok közül, s ott a megvetett utolsó helyről küzdötte fel magát az élvonalba.

A tíz éves emlékünnepeken azonban ezek a vonatkozások a gazdag családjogi hagyatékkal együtt másik előadás tárgyát képezték, megelégedtem csupán jelzésszerű említésükkel.

Mindenesetre mind a római családszerkezetre és szerepre, a jogalanyiság először hihetőn családi, majd onnét levezetve paterfamilias fogalmára rávilágít már a téma felvetése is. Amellett figyelmeztet a római társadalmi normák között az erkölcsi követelmények jelentős, a joggal egyenértékű voltára. Brósz Róbert a Pólay emlékkönyvben megjelent tanulmányában fejt ki, hogy a *mos*, *mores* a jogi nyelvben a klasszikus korban a szokásjog, a *consuetudo* szinonimája.⁴ Meggyőződésem, hogy ennek az értelmezésnek gyökerei abban a felfogásban rejlenek, amely a joggal azonos kötelező erőt tulajdonított a társadalmi erkölcsnek, s annak normáit jegyezte át, mielőtt feledésbe mennének, a jog szabályai közé. Meggyőződésem, hogy ennek az összetartozásnak kötelező felismerésén múlik, vajon sikerül-e a magánautonómia világát alkotmányos alapokon rendező magánjog kódexét a rendszerváltozás jogállamában a Ptk-nak

¹ *Das regimen morum des censors und die sogenannte Hausgerichtsbarkeit.* St Volterra, III. Milano 1969. p. 263.

² *Az atyai hatalom intézményének alapvonalai a római jogban.* Miskolc 1940.

³ *Über das ius Latii,* Bull. d'Inform. de l'Ass. Intern. d'Histoire du droit et des Institutions. 1970. p. 5.

⁴ BRÓSZ RÓBERT: Die Rolle der Gewohnheit (des Gewohnheitsrechtes) im Laufe der Entfaltung und Entwicklung der *longi temporis praescriptio*, St. Pólay 70, Szeged, 1985. p. 151.

annak idején szánt alárendelt helyzetből az önálló, a közjoggal egyenrangú jogterület anyajogát megillető önállóságra emelni és ott megtartani.

Mindig izgatta Pólayt a római jogászok munkásságának kevéssé dokumentált, inkább csak történeti említések révén ránk maradt szakasza. A pomponiusi töredék⁵ összefoglalása s az ehhez csatlakozó irodalmi utalások sok tudományos bizalmatlansággal fogadott értékelése helyett, úgy tűnik, ő komolyan vette a híreket a korai szabályösszegezésekről, irodalmi hagyatékról. Magam is úgy vélem, hogy a túlzott történeti kriticismussal szemben, ami hajlamos mindent tagadni, amire nincs közvetlen, korban megfelelő, lehetőleg egykorú forrás, sok igazság, sok élő emlék található egyes félmondatos utalásokban, s ezek rendbe szedve és gondos kézzel összeillesztve biztosabb alapot nyújtanak a történeti rekonstrukciónak, mint a ma divatos jogszociológiai párhuzamok többszörös áttételei.

Pólay a praetor jogfejlesztő szerepének szentelt korai munkája,⁶ és a XII táblás törvény intézményrendszerébe történt néhány egészen rövid bepillantás (a kamat, az iniuria-tényállások⁷) mellett, mind a jogrendszer tagozódása,⁸ mind a jogászai gondolkodásmód elemzése⁹ során is támaszkodott a korai köztársaság idejéről beszámoló áttételes forrásokra. Érdekelte, hogyan lett a pontifikális jogmagyarázat privilegizált módjából, a jog szinte vallási szabályok módján állandó és formakövető értelmezéséből és alkalmazásából világi, magisztratuális-értelmiségi jogtudomány.¹⁰

E korai kísérletek nyomán próbálta megfejtetni, mit is jelent az odavetett pomponiusi megjegyzés: *Publius Mucius et Brutus ... fundaverunt ius civile*.¹¹ Mit alapoztak meg a veteres? A civiljogot, ami a XII táblán alapult és azóta legislatív, valamint pontifikális továbbfejlesztést ért meg, s a nevezettek idején talán már inkább megmerevedettnek gondolhatnók? Vagy azt a sajátosan római joganyagot, amelynek érvényesítéséhez az *actiones in ius conceptae* keretében a lex Aebutia engedte lehetőséggel élve a praetori edictum formulái új lehetőséget adtak? Esetleg éppen annak a fejlődésnek a menetére mutatott rá Pomponius, amellyel a civil *ius publicum* intézményei és *fides* mértéke hatni kezdett, nyilván ugyancsak a praetori formulák lehetőségét kihasználva, a római *ius privatum* sajátos intézményeire? Mit nevezett Pomponius ius civile-nek?

⁵ D 1.2.2.35. Pomponius Inst. libri.

⁶ *A praetor szerepe a római magánjog fejlődésében*. Miskolc 1944.

⁷ A személyiség polgári jogi védelmének történetéhez. Iniuria tényállások a római jogban. AUSZ XXX (1983), Iniuria-Tatbestände im archaischen Zeitalter des antiken Rom, SZ 101 (1984) p. 142–189).

⁸ *Differenzierung der Gesellschaftsnormen im antiken Rom*. Bp 1964.

⁹ *Privatrechtliche Denkweise der römischen Juristen*. AUSZ XXVI. (1979)

¹⁰ *Das Jurisprudenzmonopol des Pontifikalkollegiums und seine Abschaffung in Rom*. Szeged 1980.

¹¹ „Publius Mucius et Brutus ... fundaverunt ius civile”. AUSZ IX (1962) 3. p. 417.

Pomponius Gaius kortársa. Ő is tankönyvíró, csak az ő könyve, a Digestában megőrzött töredékek kivételével, elveszett. Viszont őt ismerték a klasszikus kortársak is, nem csak a késő utókor. Mindenesetre feltehetjük, hogy Pomponius (és kortársai) számára élő volt a gaiusi meghatározás: *quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est vocaturque ius civile, quasi ius proprium civitatis*.¹² Az a ius civile, ami római sajátos jog, szemben a ius gentium nemzetek sora számára közös normáival. Ezt a civil, sajátos római jogot éppen akkor ragadhatták meg a maguk munkáiban a *veteres*, amikor a praetori formuláris eljárás alkalmazása révén módja nyílt keveredni az edictum anyagában a ius gentium rómaiak által is vállalt tételeivel (s keveredett is, amint az edictum perpetuum joganyagát tanulmányozva megállapíthatjuk). Olyan világossággal vetették meg alapját, ami lehetővé tette a sabinusi összefoglalást a libri tres-ben, s a klasszikus kor végi kommentárok számára is, a Digesta kompilátorai számára is elkülönítette a ius civile és a ius gentium vagy ius honorarium normáit egymástól.

Sok itt a rejtély, nyilván több is marad, mint amennyi abból felfedhető, és a felfedező csak sejteni fogja a ködben a partot, nem tudományos biztonsággal térképezni. De a jogtörténész is jogosult, ha Kunkel álláspontját osztjuk, megkísérelni a múlt mozaikdarabocskáit úgy rendezni, hogy a keletkező műből a régi kép kontúrjai előtűnhessenek...

Ugyanilyen meglepő odavetett adat szól a római jog kodifikációjának kísérletéről. A nagy jogtudósi átfogó feldolgozásokkal párhuzamban (vagy azok által indíttatva) történeti forrásaink két nagy államférfi kodifikációs szándékáról is szólnak, Pompeius és Caesar tervéről. Pólay inkább a figyelmet irányítja rá ezekre az összefüggés nélküli adatokra:¹³ a köztársaság utolsó századában érettnak látszott a helyzet összefoglaló, irányt mutató, jogbiztonságot megszilárdító munkára. Hogy ez az összefoglaló igény éppen azért vetődött volna fel, mert a lex Aebutia után a kétfajta perlési lehetőség jogbizonytalanságot okozott, vélhetjük. Az államférfiak számára a jog biztonsága mindig lényeges társadalmi tényező, annál lényegesebb, minél inkább elbizonyították politikai mozgások a jog addig szilárdnak és egységesnek érzett kereteit. Ilyen „kodifikációs” helyzet adódott azóta is a történelemben, s feltétlen ilyennek tűnik az első triumvirátus korszaka.

Önkéntelen a napóleoni párhuzam villan elő a történelemből, akinek megadatott, mielőtt nagyralátó és hajótörésre ítélt birodalomalapító terveibe fogott volna, a jog világában maradandót és előremutatót alkotni. Pompeius és Caesar, ha nem viszik törésre a dolgot, talán valami hasonlóval tették volna foghatóvá a római jog világot rendező építményét? Vagy éppen elvették volna annak lehető-

¹² Gai Inst. I. 1.

¹³ Der Kodifikationsplan des Pompeius. AA XIII 1965. p. 85–95., Der Kodifizierungsplan des Iulius Caesar, Iura 16 (1965) p. 8595., Két kodifikációs terv a köztársasági Rómából. Jogi.Tan. I. Bp 1966. p. 231–249.

ségét, hogy a prétori jogfejlődés kifussa pályáját, s mellé zárkózzék *extra ordinem* a kezdődő principatus a maga rendet formáló döntései és iránymutatásai sorával?

A klasszikus századok valamivel biztosabb forrástalaja után ismét a leplek és rejtélyek sora áll előttünk a posztklasszikus kor bonyolult viszonyai tekintetében. Ahol forrásaink vannak, azok is töredékesek, bár e kor vonatkozásában öröndetesen szaporodik forrásanyagunk. Pólay a dáciai táblák világát mélyrehatón elemezte, ezzel a magyarországi vonatkozású anyagnak tudatosításához sokkal hozzájárult.¹⁴ Ám külön érdekelte a posztklasszikus jogászai munka, jogtudomány is, ahol Hermogenianus¹⁵ és Archadius Charisius¹⁶ személyén keresztül igyekezett a megváltozott (vagy megmaradt) jogászai gondolkodás képét megrajzolni. Ő nagyra tartotta a juszteniánuszi alkotást, nem csak konzerváló, de újat teremtő vonásait is, s kereste ennek előzményeit, összekötőit ahhoz a korhoz, amelyre Justinianus és munkatársai tudatosan nyúltak vissza.

Ma már általánosan elfogadottnak mondható a klasszikus és juszteniánuszi római jog szoros kapcsolata s ebben a posztklasszikus századok jelentős szerepe Diokletianustól a közvetlen bizánci elődökig. Minthogy saját jogtörténetünk eredete szempontjából a bizánci talaj jelentősebbnek tűnik, mint azt általában tudatosítottuk, e kontinuitás révén saját állam és jogrendszerünk kezdetei az európai közös jog legnemesebb értékeihez kapcsolódnak, ha nem is sok kimutatható, de a kialakuló rend méreteihez képest nem jelentéktelen szálakkal. Pólay Elemér fiatalos érdeklődését, kíváncsiságát és képzelőerejét mindvégig megőrző módon érzett rá alapvető dogmatikus összefüggések mellett e történeti kutatások jelentőségére. Ebben is mestere, példaképe lehet a szép számmal felsorakozó fiatal kutatóknak.

A rohanó idő a mester fiatal követői közül, úgy tűnik, immár kiemeli, és szinte a „régí gárda” tagjai sorába teszi azokat a később érkezetteket, mint e sorok írója is, akinek munkássága a Pólay utáni nemzedékhez tartoznék, ha kora szerint nem is illik oda. Ugyanígy mai ünnepeltünk, akinek tanári pályája csúcán tisztelgünk, e második nemzedék tagja, bár a mai fiatalok közt idősnek is számít. Így hadd köszöntse a késői hívatással csatasorba álló tanítványt a még később glédába állni tudó, tudományban fiatalabb, noha korban előbbre tartó barát azzal a kézszorítással, amely megpecsételte az ügy érdekében, mestereink nyomában haladó közös munkásságunkat.

¹⁴ Főként *A dáciai viaszostáblák szerződései*. Bp 1972.

¹⁵ Die Hermogenianfrage und die justinianische Kodifikation. *Klio* 60/2 (1987) P. 499–506.

¹⁶ Arcadius Charisius als der nachklassische Jurist der Digesten. *Sodalitas Fs Guarino*, Napoli 1984.

JÁNOS ZLINSZKY

ELEMÉR PÓLAY UND DIE RÄTSEL DER GESCHICHTE DES
RÖMISCHEN RECHTS

(Zusammenfassung)

Der Beitrag liefert einen wertvollen Überblick über den Stand der Romanistik im heutigen Ungarn und ehrt den Jubilar insbesondere mit der Wertung des Lebenswerkes seines verheerten Lehrers, Elemér Pólay. Er (mit Ferenc Benedek und Róbert Brósz gemeinsam) hat wesentlich dazu beigetragen, dass die Wissenschaft des römischen Rechts in den politisch unfreundlichen Jahren der Nachkriegszeit nach Géza Marton am Leben gehalten, sogar in Blüte gebracht wurde.

Pólay hat stets wachsames Interesse gezeigt für die aktuellen Probleme des geltenden Rechts; er hat sogar in der Gesetzgebungskommission für das ungarische bürgerliche Gesetzbuch (Ptk) mitgearbeitet. Damit setzt er für uns alle einen hohen Masstab. Für den Verfasser des vorliegenden Beitrags sind Pólays Arbeiten über das archaische Rom von besonderem Interesse. Wegweisend sind weiterhin die Schriften über die Denkungsweise der vorklassischen und klassischen Juristen, wobei der Verfasser näher auf die Tätigkeit der *veteres* eingeht. Was für ein *ius civile* haben sie gegründet? Er betont, dass es sich hier vom prätorischen Recht, vom Formularverfahren handelt. Anschliessend würdigt er Pólays Verdienste in der Auswertung der nachklassischen Jurisprudenz und der justinianischen Kodifikation.

II. rész

TANULMÁNYOK

A JOGTÖRTÉNET, A JOGELMÉLET ÉS A

TÉTELES JOG

KÖRÉBŐL

BALOGH ELEMÉR

Régi-új jogelvek a reformkori magyar büntetőjogban*

Jogász számára a római joggal való találkozás a szakmai alkalmasság egyik próbája, a jogtudomány művelőjének pedig megkerülhetetlen kihívás: az európai jogtörténelemnek majd' az összes intézményének elemzésekor szembesülni kell az antik jog megoldásaival. A hagyományszabta magyar jog fejlődéstörténete is számos ponton érintkezett a római joggal, ezért nem hiábavaló egybevetni a két jogrendszer megközelítési szempontjait.

Az alábbiakban jubiláns, kiváló romanista kollégám, Molnár Imre 70. születésnapja alkalmából tisztelgek előtte egy szerény dolgozattal, melynek célja, hogy bemutasson néhány kiemelkedően fontos jogelvet; olyan jogelvet s érvényesülését honi büntetőjog-történetünkben, melyeknek előzményei és analógiái meglehetősen kidolgozott formában már az antik római jogban is fellelhetők. Éppen Molnár Imre munkássága világított ugyanis rá arra a kevésbé ismert tényre, hogy a régi rómaiaknak nemcsak magánjogi intézményrendszerük, hanem a büntetőjog normái és legfontosabb alapelvei is olyan árnyaltan kidolgozottak voltak, amit csak a modern bűnügyi tudományok fejtenek majd ki részleteiben. Az említett jogelvek természetesen csak kiragadott példák, illusztrációi egy enciklopédikusan gazdag jogi kultúrának.

*

Jogtörténész mestereim mind azt tanították, hogy a reformkorral azért érdemes foglalkozni, mert ez az a határmezsgyéje a magyar történelemnek, a jogtörténelemnek is, ahová a rendi világ minden intézménye még elért, és ahonnan elindult a polgári társadalom építkezése. Aki a reformkorban járatos, az könnyen vissza tud térni a régibb századokba, de előre is mehet. Nagyon megszív-

* E dolgozat a *Római büntetőjog és hatása az európai jogfejlődésre* c. szegedi jogtörténeti konferencián elhangzott előadás szerkesztett és bővített változata. Készült az OTKA *Alkotmány- és jogtörténeti kutatások 1790–1949.* című, T 043195 nyilvántartási számú programja támogatásával.

leltem a tanácsot, és nem bántam meg. Jómagam kutatási témáimat tekintve inkább visszafelé mentem időben, de a tágan vett magyar reformkor lenyűgöző korszaka biztosan halálomig elkísér.

A reformkor idején nemcsak, hogy érvényes és sok vonatkozásban hatályos volt több évszázad joganyaga, hanem ami még fontosabb, a jogi kultúra befogadókészsége is figyelemre méltó. A forradalmi változásoktól nagyon óvakodott ez a világ, de a fontolva haladásra majdnem mindig készen állt. A hagyományszabta hazai jog autonóm módon fejlődött, de a tudományos élet, az egyházi törvénykezéssel való kapcsolat és általában az európai jogi centrumokkal való kapcsolatrendszer csatornáin érkező idegen joganyaggal¹ is kapcsolatba került. A reformkor idején a jogi reformgondolkodás nagyon dinamikussá vált, és olyan jogintézmények, jogelvek kerültek az érdeklődés középpontjába, amelyek más jogi kultúrákban implicite vagy explicite esetleg már évszázadokkal korábban megfogalmazódtak, vagy ténylegesen alkalmazást is nyertek. Minden hazai jog, így a magyar jog fejlődéstörténetének is egyik sarkallatos kérdése tehát az antik római joggal való kapcsolata.

Crimen peccatum est

A honi büntetőjognak az európai normákkal és jogelvekkel való kapcsolatát vizsgálva megállapítható, hogy a magánjog intézményeitől eltérően itt kevésbé érvényesült a *ius commune* tételeivel való folytonos összehasonlítás kényszere. Az antik római jog seregnyi tételét felszívó és azt helyenként lényegesen átalakító kánoni jog a büntetőjogra nézve alig tartalmazott a jogalkalmazás számára követendőnek tűnő szabályokat. Elégé tudott, hogy a középkorban – és nemcsak Magyarországon – a büntetőjogot nem is tekintették a tudományos gondolkodás tárgyának. Csupán a joggyakorlat alakított ki bizonyos jogelveket, amelyek egyik legfontosabbika így hangzott: *Crimen peccatum est*. Az egykorú vallásos szemlélet talaján teljesen érthető megfogalmazása volt ez annak a szemléletmódnak, amely a világi jogrend súlyos megsértését (*crimen*) egyidejűleg bűnnek (*peccatum*), azaz Isten akaratával való szembehelyezkedésnek is tekintette. Tanulságos a *crimen* szó használata; ez a római jogi forrásokban jellemzően a közbűncselekményeket jelentette, tehát ide csupán az állam vagy a magánosok elleni legsúlyosabb támadásokat sorolta, mint: gyilkosság, rablás, útonállás, nemi erőszak etc. Ezek elkövetése azért is vonhatott szabály szerint törvényszerűen maga után halálbüntetést, sőt leggyakrabban annak minősített változatait, mert az elkövetők nem hivatkozhattak joggal arra, hogy nem volt tudomásuk a terhükre rótt cselekmények jogellenességéről. A közép- és újkori

¹ Lásd BÓNIS GYÖRGY: *Középkori jogunk elemei. Római jog, Kánonjog, Szokásjog*. Budapest, 1972; ZLINSZKY JÁNOS: Werbőczy jogforrástana. In: Hamza Gábor (szerk.): *Tanulmányok Werbőczy Istvánról*. (MF Könyvek 21) Budapest, 2001. 167–173. p.

magyar jogfejlődés súlyos mulasztása volt mindazonáltal, hogy adós maradt e közbüntettek felsorolásával, bár a források arra utalnak, hogy e tárgyban nagy vita nem volt, honi bíróságainkon nagyjából *communis opinio* alakult ki az effajta gonoszítottakra nézve.

A középkori büntetőjog, helyesebben talán: büntetési gyakorlat, együttesen szemlélte és alkalmazta a világi és egyházi szankciókat. Elég legyen ehelyütt a legtovább fennmaradó büntetésre utalni: ez a bört. Igazából ez az egyházi intézmény nem is büntetés, hiszen a keresztény életvitel máig megkövetelt vagy ajánlott formája a bűnbánat kifejezésére, valamint az önfegyelem fejlesztésére. A büntetőjogban való alkalmazása nyilván azért volt lehetséges, mert a főleg az étkezés terén előírt radikális megszorításokat az érintettek valódi rosszként élték meg. Szent István törvényétől kezdve folyamatosan jelen van jogunkban ez a szankció egészen a reformkor végéig.² A 19. század első felében egy átlagosnak mondható ítélet a megyei bíróságon (*sedria*) néhány havi vagy esztendei börtön mellé gyakran évnegyedenként 25 botütést rendelt, s rendszerint heti két nap börtönt; ugyanez úriszékeknél még szigorúbban érvényesült, általában három napot jelöltek meg hetente ilyen szankcióként.³ Még Pauler Tivadar is azt írja *Büntető jogtan* (1869) című tankönyvében, hogy a börtönbüntetés súlyosítható börtönnel.⁴ Véglegesen csak a Csemegi kódex-szel (1878) tűnik el jogunkból a bört mint szankció.

Törvény előtti egyenlőség

A reformkori magyar jogfejlődés egyik legfontosabb és a rendi korszakban legtöbbet vitatott jogelve volt a törvény előtti egyenlőség ideája. A középkori alapokon álló büntető jogrend számára nehezen elfogadhatónak tűnt, hiszen ez nyílt szembehelyezkedést jelentett a rendi jogegyenlőtlenség világában. A törvény előtti egyenlőség alapján azonos szabályok érvényesültek volna a társadalom minden jogsértőjére, ami főleg a nemesi és az egyházi alapjogokat érintette érzékenyen. A Hármaskönyvben a nemesi szabadságokat rögzítő híres *primae nonus* mindjárt az első szakaszban leszögezi, hogy a nemesek előzetes idézés vagy perbe hívás és törvényes elmarasztalás nélkül személyükben le nem tartóztathatók.⁵ Ehhez az alapjogukhoz a nemesek csökönyösen ragaszkodtak, nyilván azért, mert látványos és fontos státuszszimbólumnak számított főleg

² Lásd BATÓ SZILVIA: Büntetőjogi szankciórendszer a reformkorban. *Acta Jur. et Pol. Szeged*, 2002. Tomus LXII. Fasc. 1. 20–21. p.

³ DOMBOVÁRY GÉZA: *Fenyítő eljárás és büntetési rendszer Pestmegyében a XIX. század első felében*. Budapest, 1906. 321–322. p.

⁴ PAULER TIVADAR: *Büntető jogtan*. Pest, 1869. 195. p.

⁵ Tripartitum I. 9. §. 1. *Prima igitur est: quod ipsi, nisi primum citati vel vocati, ordineque judicio condemnati fuerint; in eorum personis, ad quorumvis instantiam vel clamores, aut preces, nusquam, et per neminem detineri possint.*

azok oldalán, akik vagyoni tekintetben, életmód dolgában reménytelenül lecsúsztak a kiváltságoltak perifériájára.

A mindenkori fenyítő törvénykezés ugyanakkor jól látta, hogy valamilyen rést kell ütni ezen a falon, mert éppen a legsúlyosabb büntettek elkövetőivel szemben nehezül vagy akár lehetetlenül el az eljárás. Így már a középkor végére megszilárdult az a felfogás, hogy a nyilvános gonosztettet, főleg a rablás valamilyen formáját megvalósító személyek nem hivatkozhatnak érvényesen nemesi előjogokra. Már a fentebb idézett Hármaskönyv is sietve hozzáteszi a nemesek perjogi szabadságához, hogy a gyilkosság, falvak felgyújtása, lopás, rablás, útonállás és az erőszakos paráznság eseteiben a nemesi cím és szabadság maga vesz el, ezért az elkövetőkkel úgy lehet bánni, mint a nemtelenekkel. Megjegyzendő, hogy csak az ilyen büntettek elkövetésén tettenért nemesekkel szemben lehetett rövid úton eljárni, ha elmenekültek, feléledtek az előjogok.

A török előrenyomulás nyomán és az ország szétesett állapota miatt állandósult létbizonytalanság kedvezett a rablóknak, fosztogatóknak, ezért több törvény is szorgalmazta az ellenük szembeni erélyes fellépést. Az 1608:2. tc. a nádornak, a bánnak és a kassai generális kapitánynak, valamint a fő- és alispánoknak ad jogot arra, hogy a rablókat (*praedones*) mindenütt megfoghassák és érdemük szerint megbüntethessék. Tettenérés esetén törvényes vizsgálat után (*per juris revisionem*) fejüket kell venni (3. §). Amennyiben nincs tettenérés, akkor következik a distinkció nemes és nemtelen között; ha igen, úgy az elkövetőt a legközelebbi törvényszékre vagy vármegyei közgyűlésre kell citálni, és ott az eljárást lefolytatni. A meg nem jelenőkkel szemben levelesítést (*proscribatio*) kell alkalmazni. Egy lépéssel tovább ment az 1618:66. tc. rendelkezése, amely az ispánok és alispánok köteletségévé tette, hogy negyedévenként a gonosztevők (*malefactores*) ellen nyomozást tartsanak. Ezt a fertályévenkénti vizsgálatot először az 1548:50. tc. rendelte el, amely az alispánok hanyagsága esetére a nádor dolgaként jelölte meg a fellépést. Az 1625:13. tc. megerősítve és nyomatékosan megismételve az említett korábbi törvényhelyek rendelkezéseit, kifejti, hogy aki a hazának és a nemességnek szabadsága nyilvános megsértésétől nem irtózik, annak az elkövetett gonoszságok alkalmával az ország szabadságai se használhassanak.⁶ „A csavargó nemeseket pedig, akiknek fekvő jószáguk és lakásuk nincsen, és perbe sem idézhetők: az 1599. évi 36. törvénycikkelyhez képest, paraszt kézzel is elfoghassák, letartóztathassák és megbüntetés végett az ispán kezébe adhassák.” (1625:13. tc. 5. §).

A gyakran birtoktalan és közbüntettet elkövető nemesekkel szembeni erélyes fellépés lehetőségét tehát jogunk a középkortól elismerte, sőt igyekezett az effajta eljárást érvényesíteni, de csupán a tettenért elkövetőkkel szemben. A re-

⁶ Maga az idézett törvény hivatkozik az 1546:25. törvénycikkre, amely a Hármaskönyv szellemében rögzíti, hogy a nemesek nyilvános gonosztettek elkövetésekor mintegy eljuttassák szabadságaikat: „*Dignum est enim, ut qui libertatem patriae et nobilitatis, aperte violare non formidat, huic libertates regni, in patris malis suffragari non debeant.*” (4. §).

formkor jogászaire várt a feladat, hogy túllépjenek ezen a Rubiconon. Az 1795. évi tervezet a nemesek *citatio* és bírósági elmarasztalás nélküli elfogását csupán a felségsértésnél engedte volna meg, de a tettenérés vagy a folyamatos üldözés sortán történő kézre kerítést nemcsak a Werbőczy által is említett gonosztettek, hanem gyakorlatilag minden súlyosabb büntettnél (huszonnyolc paragrafus tényállásai esetén) lehetővé tette volna.⁷ Ez a tervezet a nem-nemesek közül már kiemelte (ma így mondanánk) a stabil egzisztenciával rendelkezőket, vagyis az állandó fizetést (*fundus fixus*) húzó, vagy legalább 500 forint értékű ingó és ingatlan vagyonnal rendelkezőket (*honoratior*), továbbá a legalább 1/4 telekkel rendelkező jobbágyokat, akiket csak alapos gyanújelek (*indicium probabile*) mellett lehetett volna szabadságuktól megfosztani és „csupán” a tételesen felsorolt büntettek (a nemeseknél megnevezett bűncselekmények mellett: börtön megtámadása, hatósági örök megtámadása, hivatali sikkasztás, pénz- és hitellelél hamisítás, emberölés, súlyos testi sértés, szülők megverése, párba, rablás, lopás, csalás, nemi erőszak, gyújtogatás) tekintetében.

Az egyházat megillető *privilegium fori* értelmében klerikusokat csak szentszék előtt lehetett perelni, ami alól itt is a közbüntettek elkövetése alkalmával lehetett kibúvót találni. A reformkori tervezetek általában védelmezték a klerikusok kiváltságait, a Deák-javaslat azonban itt radikális megoldáshoz nyúlt: „Az egyházi személyek, csak az egyházi fegyelemre nézve tartoznak saját külön törvényeik alá, s minden büntettek vagy egyéb kihágások miatt, ezen törvénykönyv szerint fognak büntettetni.” (2. §).

A törvény előtti egyenlőtlenség nem csupán vádlotti minőségben, hanem a tanúskodás vonatkozásában is látványosan érvényesült. Eléggé ismert a Hármaskönyv második részének 27. címe, amely nemtelennek nemessel szembeni tanúskodását csak a peres felek kölcsönös beleegyezése esetén teszi lehetővé.⁸ A joggyakorlat életszerű elvárásainak megfelelni akarván az 1729:26. tc. már viszonylag részletesen leírja, hogy bizonyos esetekben mégis kihallgathatók a jobbágyok is, merthogy „[...] gyakran megtörténik, hogy a kereset alá vont tényről vagy dologról okszerűen egyedül a paraszt embereknek lehet tudomásuk.”⁹ Erre a megközelítésre reflektál, de azt lényegesen meghaladja az 1795. évi tervezet, amelyben ezt olvashatjuk: „A születési állapot azonban senki számára sem képez akadályt abban, hogy ha a körülmények úgy kívánják, tanúságtételre bocsáttassék; még az sem, ha törvénytelen ágyból származik, vagy ha bármiképpen megbélyegzett szülőktől született is; de ugyanígy tanúságot tehet a nem nemes a nemes ellen, a szolga vagy jobbágy ura ellen, de

⁷ Lásd HAJDU LAJOS: *Az első (1795-ös) magyar büntetőkódex-tervezet*. Budapest, 1971. [Hajdu] 238–242, 403. p.

⁸ „*Hoc tamen raro, et non nisi partibus, sic volentibus, ac consentientibus, fieri et admitti consuevit.*” Trip. II. Tit. 27. §. 6.

⁹ „*Quoniam persaepe contingeret, ut factum, ac negotium actioni substratum, solis ruralibus personis [...] constare rationabiliter valeret.*” 1729:26. törvénycikk.

más, a háznéphez tartozó személy és házicseléd is (hacsak valami érdekeltség, vagy valami egyéb nem állít akadályt szavahihetőségük elé).¹⁰

Az 1830. évi *operatum* szinte szó szerint ugyanezt ismétli meg, amikor ki mondja: „A születési állapot senki számára nem képez tanúskodási akadályt, e tekintetben nem játszik szerepet a törvénytelen ágyból, vagy bármi módon megbályegzett szülőktől való származás, tehát ugyanúgy tanúskodhat a nemtelen a nemes ellen, a szolga vagy jobbágy, a ház népéhez tartozó az ura ellen.” (17. §). Törvényalkotóink tehát láthatóan a 18. század végétől határozottan szakítottak a törvény előtti egyenlőtlenség elvével, lényegében súlyos sebet ejtve ezzel a nemesi szabadságok egyikén.

Nullum crimen sine lege

Az újkori európai büntetőjog talán legfontosabb jogelve. E kijelentés azért kockáztatható meg, mert a középkori joggyakorlat meghaladására irányuló kor-szakos törekvés fő árama az esetleges, kiszámíthatatlan bíraskodással szemben fogalmazódott meg. E jogelv a középkori jogélet tükrében több újdonsággal is szolgált, melyek közül szabadjon kettőt kiemelni: a tényállásszerűséget és a jogforrástani relevanciát.

Az idézett maxima mellett csak az az emberi magatartás szankcionálható, amelyet elkövetése előtt már hatályos jogi norma, méghozzá: törvény büntetni rendelt. Itt nem is annyira a visszaható hatály tilalma jelentett újdonságot, hanem inkább az a tény, hogy nem a jogalkalmazóra, az egykorú magyar törvényhatóságokra lett (volna) bízva valamely emberi cselekmény büntetendő voltának eldöntése, hanem a jogalkotóra, *par excellence* az uralkodó-ra/országgyűlésre. A legsúlyosabb bűncselekmények elkövetésére vonatkoztatva persze Szent Istvánra visszamenően találunk rendelkezéseket a *Corpus Juris* hasábjain, ám ezek sohasem a teljesség igényével fogalmazódtak, rendszerezettségnek pedig nyoma sincs. E kritériumok valójában a büntetőtörvény-tervezetek megfogalmazói számára jelentek meg először.

A jogforrástani vonatkozás is nagyon fontos: e szerint nem akármilyen jogi norma, hanem csakis törvény (*lex*), vagyis legmagasabb szintű jogszabály alapíthatja meg valamely cselekmény büntethetőségét. Ennek fontosságát nem is kell külön hangsúlyoznunk abban a korban, amikor szolgabírók, alispánok, sőt úriszékek bírái maguk voltak a törvény. Azzal, hogy a jogelv szerint csupán törvény alapján szabad büntetni, a rendi abszolutizmusnak sem volt ellenvetése, hiszen a törvény megalkotása a magyar országgyűléssel karöltve gyakorolt uralkodói előjog volt. Mind a király, mind a rendek rajt tarthatták tehát szemüket a jogalkotás folyamatán, koncepcionálisan így nem volt félnivaló.

¹⁰ HAJDU: i. m. 419. p.

Az 1795. évi *operatum* kifejezetten nem koncentrált e jogelvre, de belemagyarázás nélkül kiolvasható mindjárt az első alapelvből (*principium*): büntett a büntetőtörvény szabad akaratból való megsértése.¹¹ A 18. század végén a hangsúlyt a szabad akarat fogalmának kifejtésére és körülményeinek bizonyítására helyezték. Implicite így is egyértelmű, hogy a komplex büntetőtörvény létét feltételező szabályozás magától értetődőnek tekintette mind a tényállásszerűséget, mind a releváns jogforrás elvárt törvényi minőségét.

Az 1830. évi tervezet bevezetésének legelső szakasza nagyon hasonlóan fogalmaz: „Minden szabadon elkövetett cselekvés vagy mulasztás, amelyet a törvények tiltanak, büntettnek, így üldözendőnek minősül, és közbüntetés hatálya alá esik.” Láthatóan a jogalkotók bő harminc évvel később is a törvény szabad akaratból való megsértésének kritériumát hangsúlyozzák, de egy árnyalatnyival részletezőbbek az elkövetési magatartást illetően: a tevőlegesség mellett rögzítik a mulasztásos jogsértés büntethetőségét is.

Nagyon hasonló módon közelíti meg a kérdést Gál László, akiben az általunk eddig ismert első erdélyi, magyar nyelvű büntetőtörvény-tervezet elkészítőjét tisztelhetjük: „A polgári (*civilis*) törvények elleni tett vagy elmulasztás, akkor válik Gonosz tette, ha szabados rossz akaratból folyt, a rossz akarat vagy szándék pedig abból esmérhető, ha a törvénytelen Cselekedet előtt, vagy a Cselekvéskor, akár el mulatólag, akár cselekvőleg, ki-mutatkozott.”¹²

A híres-nevezetes Deák-féle törvényjavaslat pedig a töle megszokott elaganciával fogalmaz: „Bármely cselekvés vagy mulasztás, csak annyiban tekinthetők büntettnek és vonathatnak büntetés alá, amennyiben az ellen büntetést rendel a jelen törvény.”¹³ Ez a jogalkotói megfogalmazás nemcsak letisztultabb, hanem egyértelműbb is, hiszen a *nullum crimen sine lege* elvét szem előtt tartva nem annyira az elkövető tudati állapotának minemiségére koncentrált – az ugyanis a bűncselekményfogalomnak kétségtől megkerülhetetlen eleme –, hanem arra irányítja a figyelmet, hogy a cselekmény mennyire felel meg a törvényi tényállásnak. Kétségtelen ugyanakkor, hogy Deák is némileg az alanyi oldalról közelít, mert az idézett megállapítást a törvény személyi hatályáról értekező 1. fejezetben helyezte el.

Az elmondottak nyomán kijelenthető, hogy a *nullum crime sine lege* elve előbb kissé burkolt, majd teljesen egyértelmű formában reformkori büntetőtörvény-tervezeteinkben tetten érhető. A joggyakorlat azonban egy másik

¹¹ „Mind a büntett, mind a büntetés jellegéből következik az, hogy a gondolatokat nem lehet büntettnek minősíteni, továbbá az is, hogy a törvény áthágását kizárólag akkor lehet büntettként értékelni, ha közvetve vagy közvetlenül szabadon hajtják végre, tehát nem létezik ott büntett, ahol hiányzik az akarat szabadsága; továbbá: nem lehet ott meg a cselekvés szabadsága, ahol a cselekvő előtt teljesen ismeretlen dolog az, amit tesz.” HAJDU: i. m. 391. p.

¹² GÁL LÁSZLÓ: *Javallat. (Az első erdélyi magyar nyelvű büntető törvénykönyv-tervezet, 1839)*. Szerk. Hajdu Lajos, Bp. 1992. 29. p.

¹³ *Az 1843. évi magyar büntető törvénykönyvi javaslat*. Pest, 1865. Első rész, Általános rendelkezések, 1. fejezet, 1. §.

kérdés... Az eddig feltárt joganyag azt valószínűsíti, hogy bíróságaink a reformkorban általában tartózkodtak az önkényességtől, törvény híján azonban kénytelenek voltak a hagyományok mellett saját bölcsességükre is, mint kútforre támaszkodni. Ez olykor a visszaélés lehetőségét is magában foglalta, olykor pedig lehetőséget adott a rugalmas ítélkezésre.

ELEMÉR BALOGH

ALTE-NEUE RECHTSPRINZIPIEN DES UNGARISCHEN STRAFRECHTS IM VORMÄRZ

(Zusammenfassung)

Das römische Recht bedeutet aller Zeit eine echte Herausforderung für die Rechtswissenschaft, so auch für die Rechtsgeschichte. Die traditionelle ungarische Rechtsentwicklung hatte natürlich einen wesentlichen Abstand vom antiken Recht, das vor allem durch das kanonische Recht, folglich durch die geistliche Gerichtsbarkeit existierte und ihre Wirkung ausgeübt hatte. Zur Zeit des Vormärz haben sich Schritt für Schritt eine Reihe von Rechtsinstitute und Prinzipien herausgebildet, die bereits auch vor dem antiken römischen Recht bekannt waren. In der Abhandlung sind davon einige untersucht, schwerpunktmässig mit Hinsicht auf die Epoche des ungarischen Vormärz.

Das Prinzip des Mittelalters *crimen peccatum est* galt nicht nur damals, sondern auch viel später. In der ungarischen Praxis erschien dieses, ursprünglich geistliches Phaenomen in der Neuzeit durch das Weiterleben des Fastens. Das Fasten wurde praktisch als Nebenstrafe auch im 19. Jh. bestimmt, bis zum Inkrafttreten des ersten ungarischen Strafgesetzes (1.09.1880).

Der Grundsatz der Rechtsgleichheit bedeutete in der alten ungarischen Interpretation den Privileg der Gleichheit des Adeltums vor dem Gericht (in wortwörtlicher Übersetzung: Gleichheit vor dem Gesetz, wobei das Wort "Gesetz" mit dem Verfahren selbst, bzw. mit dem Gerichts identisch war). Als Postulat erschien in der Gesellschaftsentwicklung die Verbreitung dieses Freiheitsrechts auf die Nichtadeligen. Es ist festzustellen, dass das vor 1848 geling bloss – in negativem Sinne – im Falle der adeligen Missetäter (Räuber, Diebe etc.), wobei das Adeltum nicht mehr als Schirm galt. Ein Adelige konnte sonst nicht verhaftet, sondern nur in den Prozess geladen werden. Adelige und Nichtadelige waren ungleich nicht nur als Täter, sondern auch als Zeugen. Ein Leibeigene (typisch: Bauer) durfte in der Regel gegen einen Adeligen kein

Bekennntnis legen; das war lediglich nur möglich, wenn beide Parteien zugestimmt haben.

Das Grundprinzip *nullum crimen sine lege* ist im Vormärz ziemlich schwer zu interpretieren, weil in Ungarn bis 1880 kein gültiges Strafgesetz gab. Eine taxative Liste der Verbrechen in der ungarischen Gesetzgebung suchen wir vergebens. Die schwersten Delikte (*crimina*) waren an sich bekannt, und mehrere Gesetze vom heiligen Stephan haben sich mit ihnen beschäftigt, aber systematisch erscheinen sie erst in den Strafgesetzentwürfen. Es ist klar, dass dieses Prinzip seit den ersten Entwürfen da ist, etwa in der Formulierung: Verbrechen ist die versätzliche Verletzung des Strafgesetzes.

BESZNYEI LAJOS

Az öröklési jogunk vitatható kérdései

1. Az ma már majdnem közhelyszerű megállapítás, hogy a politikai rendszerváltást követően a gazdasági, társadalmi viszonyokban olyan jelentős változások következtek be, amelyeket a jogalkotásnak is figyelembe kell (kellett) venni. Addig azonban, amíg ezeket a változásokat a tulajdonjogban és a kötelmi jogban a jogalkotó és az Alkotmánybíróság folyamatosan és fokozatosan elvégezte, addig e következtetések levonása az öröklési jog területén nem történt meg. Az öröklési jog területén érdemi változásra utoljára 1977. évi IV. tv. megalkotásával került sor, ahol az addigi viszonyoknak megfelelően két helyen, kétségtelenül jelentős változások történtek.¹

Magam részéről az öröklési jogi szabályok módosításának szükségességét elsősorban abban látom, hogy a rendszerváltást követően a tulajdoni viszonyokban bekövetkezett változások hatására, jelentős vagyontömeg tulajdonosváltásáról lehet és van szó, illetve az öröklési szabályok ezeknek a jelentős vagyontömegnek az átszállását biztosítják. Mindehhez hozzá kell számítani, hogy a tulajdonnal való szabad rendelkezés, a korábbinál lényegesen nagyobb hangsúlyt kap. A két körülmény – mármint a nagyobb vagyontömeg átszállása és a tulajdonnal való szabad rendelkezés hangsúlyozása – felszínre hozza az öröklési jogunk azon problémáit, amelyek a korábbi viszonyok mellett nem jelentkeztek.

2. A másik igen fontos körülménynek tekintem, hogy a huszadik század végére lényegesen megváltozott a társadalom erkölcsi, morális felfogása. Ebből következik, hogy azok a szabályok, amelyek alapvetően egy valláserkölcse épültek, meghaladottakká váltak. Konkrétan az élettársi viszony jogi szabályozására, pontosabban az élettársak öröklési jogi szabályozásának a teljes hiányára gondolok, de nyugodtan ide sorolható a kötelesrészre vonatkozó rendelkezések is.

3. A harmadik nagy kérdéskör, amit a bekövetkezett változások indikáltak, az a gazdasági társaságok. Sem a gazdasági társaságokról rendelkező 1997. évi

¹ Az egyik ilyen volt a házastársi haszonélvezet megváltásának a lehetősége, a másik pedig a titkos örökbefogadás esetén történő öröklési jogi helyzet tisztázása.

CXLIV. tv., sem pedig az öröklési jog nem szabályozza a gazdasági társaságban, tagsági viszonyban álló személyek utáni adott esetben speciális helyzetet teremtő öröklést. Ott egy sajátos vagyoni értékű jog képezi tulajdonképpen a hagyatékot, vagy annak egy részét, aminek az öröklését nem lehet úgy elintézni, mint mondjuk egy gépkocsiét, vagy egy házaspár ingatlanét.

A Kormány elfogadta és közzétételre került az új Ptk. Konceptiója.² Ezen belül napvilágot láttak az öröklési jog területén tervezett változások is. Több helyen azonban – úgy gondolom, hogy – kissé talán az indokoltnál nagyobb mértékben történt ragaszkodás a megszokott és nyugodtan mondhatjuk, hogy a maga idején helyénvaló szabályokhoz, és kevésbé látszik követni azt az irányvonalat, ami – legalább is nézetünk szerint – a jelenlegi viszonyok között indokolt lenne.

A jelen tanulmányban a következő négy területet szeretném kiemelve érinteni.

- a) az élettársak jogi helyzetét,
- b) a végrendelet alakoszerűségével kapcsolatos kérdéskört,
- c) a kötelesrészrel kapcsolatos szabályokat,
- d) gazdasági társaságokkal kapcsolatos egyes öröklési jogi problémákat.³

ad a) Az elmúlt ötven évben a párkapcsolatok terén talán az a leglényegesebb változás, hogy fokozatosan, de egyértelműen egyre bővülő körben és egyenes fejlődési irányt mutatva elterjedtek a házasságkötés nélküli párkapcsolatok. Ez a megállapítás, nem csak hazai viszonyokra, hanem talán nyugodtan mondható egész Európára nézve igaz. Igaz ez még a gyakorlatilag katolikus Franciaországban is, nem beszélve a skandináv államokról. Arra a kérdésre, hogy miért lett ilyen „népszerű” a párkapcsolatoknak e formája nem hiszem, hogy nekem kell válaszolni. A tény az, hogy jelenleg Magyarországon a fennálló párkapcsolatoknak mintegy tíz százaléka élettársi kapcsolat és az elveszületéseknek mintegy egyötöde élettársi kapcsolatból származik

A magyar jogalkotás több területen szabályozási körébe vonta az élettársi kapcsolatokat, hiszen több mint másfélszáz olyan szabályunk van, ahol az élettársi kapcsolathoz valamilyen jogi hatás kapcsolódik. A jelenleg hatályos Ptk. öröklési joga azonban az élettárs fogalmát nem ismeri, nem használja, a párkapcsolatok esetén csak és kizárólag a házasságban történő párkapcsolathoz fűz jogi relevanciát, még olyan esetekben is, amikor nem közvetlenül öröklés jogi joghatásról van szó. Ha megnézzük azokat a hatályos jogszabályokat, amelyek az élettársi kapcsolathoz joghatást kapcsolnak, azt kell megállapítani, hogy ezek közül több „igen hasonlít” az öröklési jellegű következményekhez. Csak példa-

² Magyar Közlöny 2003. évi 8. sz. [1003/2003 (I. 25.) Korm. határozat.]

³ Feltétlenül utalni kell arra, hogy a Konceptió több területen jelentős változások bevezetését veszi tervben. Ugyanakkor az az érzésünk, hogy a fentebb vázolt négy területen még helye lenne jelentős módosításoknak, illetve a gazdasági társaságokban való részesedés öröklése esetén megfelelő új szabályok alkotásának.

ként utalok a Kiváló és Érdemes Művészi járadékról rendelkező 1997. évi XCVII. tv. 2. §-ra, amely szerint a kitüntető cím jogosultjának özvegye a járadék fele részének megfelelő özvegyi járadékra jogosult, feltéve, hogy a kitüntető cím jogosultjával halálakor, annak házastársaként vagy *élettársaként* közös háztartásban élt. Hasonlóképpen a társadalombiztosítási nyugellátásról rendelkező 1997. évi LXXXI tv. 4. § (1) bekezdés e) pontja az *élettárs* részére is biztosít özvegyi nyugdíjat abban az esetben, ha az *élettárs* a nyugdíjra jogosulttal annak halálát megelőzően egy évig megszakítás nélkül együtt élt és gyermekük született, vagy megszakítás nélkül tíz év óta együtt élt. Ebben az esetben az *élettárs* özvegyi nyugdíja azonos a házastárs özvegyi nyugdíjával. Végül utalok a 1996. évi XLIII. tv. 187. § (1) bekezdésére, amely szerint, ha a honvédség hivatásos állományú tagja, vagy a hivatásos állományból nyugdíjba vonult személy meghal, akkor özvegyének, *élettársának* özvegyi nyugdíj jár.

Természetesen önmagában az a körülmény, hogy egyes jogszabályok jogi hatást kapcsolnak az *élettársi* viszonyhoz még nem teszi szükségessé, hogy az *élettársat* a házastárssal hozzuk azonos öröklési jogi helyzetbe. Ugyanakkor vannak olyan szempontok, amelyek már esetleg indokoltá tehetnek bizonyos szabályozást. Ha abból indulunk ki, hogy az örökhagyó vagyonának a megszerzése – egy tartós *élettársi* kapcsolatot feltételezve – valahol a két fél együttes munkájának az eredménye, ennek ugyanúgy kell szolgálni a túlélő *élettárs* megélhetését, mint házasság esetében a túlélő házastársét.

Az *élettárs* öröklésével szemben rendszerint az a kifogás hangzik el legtöbbször, hogy az *élettársi* viszonyt nem lehet dokumentálni. Ez igaz. Ugyanakkor ezzel az érveléssel szemben felvethető, hogy egyrészt az *élettársi* viszony dokumentálhatóságát meg lehet teremteni, mint ahogy ezt több nyugat-európai államban megtették. A másik kifogás pedig rendszerint úgy hangzik, hogy az *élettársi* viszony nem tartós, rövid *élettársi* kapcsolathoz pedig nem lenne célszerű öröklési jogi hatást kapcsolni. Ezzel az érveléssel szemben két ellenvetésem is van.

Az egyik. A házasság is lehet rövid időtartamú, sőt a gyakorlat azt mutatja, hogy igen sok esetben a házasságot a felek az első öt évben kérik felbontani, ugyanakkor mind gyakrabban lehet találkozni a hosszú ideig fennálló *élettársi* kapcsolattal. Van abban valami ellentmondás, hogy a kórházi ágyon kötött házasság – amikor az egyik fél rendszerint életében már el sem hagyja a kórházat, – feljogosítja a túlélő házastársat arra, hogy leszármazó hiányában a házastársra valamennyi vagyonának a tulajdonosa legyen, még bármilyen hosszú *élettársi* kapcsolathoz semmilyen jogi hatás nem kapcsolódik. Kétségtelen körülmény, hogy az új Ptk. koncepciója már mutat bizonyos elmozdulást, de ez az elmozdulás igen szerény, mert hosszabb *élettársi* kapcsolatra tekintettel a volt közös lakás és annak felszerelési tárgyait a biztosítana dologi továbbhasználati jogot, ami szűkebb mozgásteret biztosít a túlélő *élettársnak*, mint a haszonélvezet. Nem szeretném lebecsülni ezt az „eredményt”, de úgy gondolom, hogy ennél tovább kellene lépni.

Nem tudom megfelelő indoknak elfogadni az élettársi örökléssel szemben azt az érvet, hogy ha valaki gondoskodni akar élettársáról, akkor lehetősége van végintézkedés formájában ezt megtenni. Ez kétségtelenül igaz, de figyelembe kell venni két meghatározó körülményt. Az egyik, hogy a magyar mentalitástól, gyakorlattól a végrendelkezés igen távol áll. Általánosnak mondható felfogás szerint, ha valaki végrendelkezik, akkor az biztos, hogy halni készül, feltehetően ezért igen kevesen végrendelkeznek. Ezen túlmenően is azonban – sajnos nem elhanyagolható számban – történnek előre nem várható, és nem látható halálesetek, amikor is az öröklés csak a törvényes öröklés formájában történhet. Elegendő, csak a halálos közlekedési balesetek jelentős számára gondolni.

Ezek után joggal tehető fel a kérdés, hogy az élettárs számára milyen örökési jogosultságokat kellene biztosítani.

Bármilyen merésznek is tűnik, véleményem szerint abba az irányba kellene elmozdulni, hogy bizonyos időn belül az élettárs öröklés jogi helyzetét a házastárs öröklés jogi helyzetével kellene összehangba hozni. Ezt annál is inkább meg lehetne tenni, mert az új Ptk. Koncepció – véleményem szerint is indokoltan – a túlélő házastárs állagöröklését korlátozni kívánja oly formában, hogy ha az örökhagyónak élnek a szülei, akkor a vagyomból – aminek a szerzésében feltehetően ők is aktívan közreműködtek – ők is részesedjenek.

Magam részéről is egyetértek azzal, hogy a társadalom talán legkisebb sejtje a család és törekedni kell ennek a családnak az összetartására. Azzal viszont nem értek egyet, hogy a család fogalmát a házasságra korlátozzuk. Mihelyt a család fogalmát szélesebb értelemben fogjuk fel, akkor ebbe a család fogalomba az élettárs is nyugodtan belefér.⁴ Úgy gondolom, hogy első lépésként az új Ptk. koncepcióján túllépve, törvényileg meghatározott időtartamban fennálló élettársi kapcsolat esetében a túlélő élettársnak a házastárs haszonélvezeti jogával azonos elbírálás alá eső haszonélvezeti jogot kellene biztosítani. Az időtartam tekintetében elfogadhatónak tartanám a társadalombiztosítási nyugellátásról rendelkező 1997. évi LXXXI. tv. 4. § (1) bekezdés e) pontjában írt feltételt, vagyis ha az élettársi viszonyból gyermek született, akkor egy éves, ha nem, akkor pedig tíz éves élettársi kapcsolatot megkívánni. Úgy gondolom, hogy az élettársi kapcsolat fennállásának a bizonyítása nem jelentene megoldhatatlan problémát. Mint fentebb utaltam rá több jogszabály vagyoni értékű jogot biztosít az élettársaknak. Legalább is a publikált bírói gyakorlatban, nagy számban nem jelentkeznek olyan jogviták, amikor az élettársi kapcsolat fennállását vitatnák. Egyébként is a jelenleg hatályos Ptk. 578/G. §-a eléggé pontosan definiálja, hogy mit kell érteni élettársi kapcsolat alatt. Ezzel összefüggésben már kialakult bírói gyakorlatról is beszélhetünk, tehát úgy gondolom, hogy az élettársi kapcsolat megállapíthatósága nem jelenthet meghatározó nehézséget. Egyéb-

⁴ Kétségtelen, hogy a család és a házasság hosszú időn keresztül egymást feltételező fogalmak voltak. Figyelembe kell azonban venni, hogy megváltozott a társadalom erkölcsi felfogása. A tények azt mutatják, hogy ma már a párkapcsolatoknak nem kizárólagos alapja a házasság. Két személy tartós kapcsolatának a házasságon kívül egyéb személyes motivációi lehetnek.

ként is, az magától értetődik, hogy az élettársi kapcsolat létét és időtartamát annak kell bizonyítani, aki arra hivatkozik.

A túlélő élettárs részére biztosított haszonélvezeti jog lenne az első lépés az élettársi öröklés elismerésében, amely úton természetesen tovább kellene menni. A továbbhaladás ütemét elsősorban az határozná meg, hogy az élettársi párkapcsolatforma a későbbi időben milyen mértékben tekinthető majd elterjedtnek. Ha a jelenlegi tendencia folytatódik, akkor az élettárs öröklési helyzetén is pozitív irányban kell majd változtatni. Itt is szeretném hangsúlyozni, hogy a tartós, családi jellegű kapcsolat honorálását látom indokoltnak. Az élettárs azután örököl, ha az élettársa meghalt. Következésképpen egyértelműen elbírállható, hogy kettőjük kapcsolata valóban „családi” jellegű kapcsolat volt-e. Ha az előre megfogalmazott kritériumok szerint a felek közötti kapcsolat valóban „családias” volt, nem igen látom az akadályát annak, hogy az élettársat a túlélő házastárs jogi helyzetébe hozzuk. Még azt is el tudom fogadni, hogy a házasság esetében mintegy „vélelmezzük” a családi kapcsolatot, hiszen azt aligha lehet vitatni, hogy a házasságot is hosszú időre „tervezik” a házasulók. A jelenlegi szabályozás további kedvezményt is ad a házastársnak, mert a túlélő házastárs nem esik ki az öröklésből annak ellenére, hogy a hagyaték megnyitakor nem állt fenn a felek között az életközösség, ha remény volt a házassági életközösség visszaállítása.

Ha a házastársaknál szinte vélelmezzük az életközösség helyreállítását, akkor úgy gondolom, hogy az élettársaknál a tényleges és a család funkcióit is betöltő kapcsolatot indokolt megfelelően honorálni az öröklési jog szabályaival.

Az élettárs öröklési jogi helyzetén kívül a jelenleg hatályos Ptk-ban van egy rendelkezés, ami negatíve az élettársra nézve igen sérelmes lehet és véleményünk szerint indokolt lenne, ennek a szabálynak a kiigazítása. A Ptk. 663. § (1) bekezdés c) pontja szerint az örökhagyó kitagadhatja azt a személyt, aki az örökhagyó egyenes ági rokonainak, vagy házastársának életére tört, vagy sérelmükre egyéb súlyos büntetést követett el. Azt gondolom, nem igényel részletesebb indokolást az a felvetésünk, hogy az új Ptk-ban – ennél a kitagadási oknál – a házastárs mellett az élettársat is meg kellene jelölni azon személyek között, akit az örökhagyó kitagadhat, ha élettársának az életére tör, vagy sérelmére egyéb súlyos bűncselekményt követ el. Ebben az esetben az élettársi kapcsolat fennállásának magam részéről nem szabnék határt, hanem a tényleges helyzetet venném figyelembe. A jelenlegi szabályozás mellett előfordulhat ugyanis az az eset, hogy ha a gyermek élettársi kapcsolatból származik, akkor az egyik szülő nem tagadhatja ki a gyermekét az öröklésből akkor, ha a gyermek a másik szülőjének az életére tört, vagy sérelmére más súlyos büntetést követett el. Mindez azért, mert az a szülő, akinek a gyermek az életére tört, illetve akinek a sérelmére más súlyos büntetést követett el, a másik szülőnek nem házastársa csak élettársa. Nem vitatom, hogy a gyakorlatban igen ritkán fordulhat elő ilyen eset, de sajnos a mai világban sok minden előfordul, és úgy gondolom, hogy az élettárs ilyen „diszkriminációja” nem indokolt.

Ebben a körben véleményem szerint még egy kérdést nem lehet megkerülni. Ez pedig az azonos neműek közötti élettársi kapcsolat kérdése. Mivel az Alkotmánybíróság az egyneműek közötti élettársi kapcsolatot is olyan kapcsolatnak tekintette, amely megfelel a Ptk. korábban hivatkozott 578/G §-ban körülírt élettársi kapcsolatnak, a fentebb leírtakat természetesen ebben az esetben is indokoltnak tartom.⁵

ad b) A másik – véleményem szerint – változtatásra „szoruló” terület, az a végrendeletek alakszerűségével kapcsolatos.

Az allográf írásbeli magánvégrendeletek egyik érvényességi kelléke, hogy azt az örökhagyónak két, folyamatosan és együttesen jelenlevő tanú előtt kell aláírni, vagy aláírását saját aláírásaként elismerni. Ezzel az alakszerűségi szabállyal tulajdonképpen semmi gondom nincsen, ezt megfelelőnek és fenntartandónak tartom. A szabály bírói gyakorlatával nem tudok egyet érteni. A bírói gyakorlat ugyanis következetes abban, hogy alakszerűség esetében nem fogadja el a valóság bizonyítását. Több konkrét esetben előfordult, hogy a végrendelet folytán „anyagi sérelmet szenvedett” törvényes örökös azon az alapon támadta meg sikerrel a végrendeletet, és mondta ki a bíróság a végrendeletet érvénytelennek, hogy a két tanú nem volt folyamatosan és együttesen jelen.

A két tanú jelenléte annak bizonyítására szolgál, hogy az aláírás attól a személytől származik, aki a végrendeletben örökhagyóként szerepel. A végrendeletet megtámadó örökös nem azt vitatja, hogy a végrendeletet nem az örökhagyó írta alá, hanem csak egy alakszerűségi kifogást említ, mégpedig olyan alakszerűségét, amelynek a végrendeletben foglalt nyilatkozatra nézve semmi befolyása nincsen. Így fordulhatott elő az a konkrét megtörtént eset, hogy az örökhagyó írógépen megírta a végrendeletét, majd elment a közjegyzőhöz és aláírás hitelesítést kért. A közjegyző a végrendeletet záradékolta, amiben igazolta, hogy azt az örökhagyó előtte saját maga írta alá. Az örökhagyó halála után a bíróság egy távoli törvényes örökös kérelmére érvénytelennek mondta ki a végrendeletet, mert a törvény szerint az allográf végrendelethez két tanú folyamatos és együttes jelenléte és aláírása szükséges.⁶ Nem szorul bővebb indoklásra, hogy az ilyen esetek visszájára fordítják a jog egyébként helyes rendelkezését. Az aláírás valódiságát vagy nem hamisított voltát írásszakértő közbejöttével gyakorlatilag nagy biztonsággal meg lehet állapítani. Ugyanakkor itt is érvényesíthetőnek véljük azt az általános gyakorlatot, hogy a magasabb alakszerűség pótolja az alacsonyabb szintű alakszerűséget. A közjegyzői hitelesítés – legalább is az aláírás tekintetében – gyakorlatilag a közokirati formával egyenértékű. Az új Ptk-ban valamilyen formában ki kellene zárni az olyan eseteket, amikor az alak-

⁵ Azon lehet vitatkozni, hogy az egyneműek közötti élettársi kapcsolat mennyiben tekinthető családnak, de az utóbbi években jelentkező magyar és nemzetközi gyakorlatban előforduló esetek – úgy gondolom – több mint elgondolkoztatóak.

⁶ Azt ma már nem lehet megállapítani, hogy a közjegyző milyen felvilágosítást adott az örökhagyónak, de ennek jelen példában nincs jelentősége.

szerüségi követelmény önálló életet él. Az alakszerűség jelen esetben azt a célt szolgálja, hogy a két tanú hitelt érdemlően igazolja, hogy a végrendeleten szereplő aláírás valóban az örökhagyó aláírása. Ezért nem kell tanút alkalmazni a holográf végrendelet esetében, mert ott a végrendelet szövegének és az aláírásnak az összevetésével az aláírás valóságosága, vagy hamisított volta könnyen megállapítható. Ugyanezért javasolja az új Ptk koncepciója, hogy több lapból álló holográf végrendelet esetében az egyes lapok számozásától el lehet tekinteni, még az allográf végrendeletnél nem. Ehhez a jelenséghez még csak annyit kívánunk hozzátenni, hogy nehezen érthető a bírói gyakorlat logikája, mert más területen pedig „példamutató rugalmassággal” alkalmazza a törvényt. Gondolunk arra az esetre, amikor az örökhagyó az őt alkalmazó vállalat céges levélpapírjára írta a végrendeletét és a bíróság azt elfogadta érvényesnek annak ellenére, hogy a Ptk. szerint a végrendeletből ki kell tűnni a végrendelet alkotás helyének.⁷ Az örökhagyó nem a cég székhelyén lakott, és semmi körülmény nem bizonyította, hogy a végrendeletet a munkahelyén írta. Ennek ellenére a Legfelsőbb Bíróság a végrendeletet érvényesnek tekintette. Hangsúlyozni szeretném, hogy a döntéssel egyetértek, mert a végrendelet alkotásának a helye nem befolyásolhatja a végrendelet érvényességét. A példát csak azért említettem, hogy jelen esetben is alakszerűségi követelmény megsértéséről volt szó és a Legfelsőbb Bíróság korábbi állásfoglalásával ellentétben itt nem talált okot a végrendelet érvénytelenségének a megállapítására.

ad c) A harmadik terület, ahol – véleményem szerint – a jelenlegi szabályokon indokolt lenne változtatni, az a kötelesrész.

A legnagyobb feladat az lenne, hogy a kötelesrész intézményének a jelenkori funkcióját kellene pontosan körvonalazni. Kétségtelen, hogy az európai jogrendszerek túlnyomó többsége ismeri és a mienkhez hasonló módon szabályozza a kötelesrész intézményét. Úgy gondolom, hogy a jelenlegi szabályozás – még akkor is, ha az megfelel az európai szabályozás legtöbbszörének – nem felel meg a jelen kor követelményeinek. Minden jogintézmény indokolt vagy indokolatlan voltát akkor lehet eldönteni, ha tisztázott az a cél, amit az adott jogintézménnyel el kívánunk érni.

A kötelesrész intézményének a célja máig nem mondható tisztázott kérdésnek. Mint az közismert a köteles rész intézménye az ősiség eltörlésével került előtérbe. Hazánkban, első ízben az OPTK. hatályba léptetésével kapcsolatban jelentkezett, majd az Országbírói Értekezlet is elfogadta, és jelenlegi formájának a kialakulásában jelentős szerepe volt a most kétszáz éve született Deák Ferencnek.

Abban mindenki egyetért és általában az irodalom itt meg is áll, hogy a kötelesrész intézménye a végrendelezési szabadság korlátozását jelenti. A kiinduló cél az ősiség eltörlése után az volt, hogy a legközelebbi vérrokonok min-

⁷ Az más kérdés, hogy a Ptk. ezen szabálya nemigen indokolható és a Koncepció tervbe vette ennek a megváltoztatását.

denképpen részesedjenek a hagyatékából. Miután az ősi vagyon felett az örökhagyó nem rendelkezhetett, az ösiség eltörlésével az osztrák jogban és így a magyar jogban is létező kötelesrész intézményében vélték felfedezni az „ősi vagyon” folytatásának a lehetőségét, amely vagyon felett az örökhagyónak tulajdonképpen nincsen rendelkezési joga. A kötelesrész – legalább is kiindulási alapként – az örökhagyó két legközelebbi vérrokonát kedvezményezi, vagyis az örökhagyó gyermekét, leszármazóját illetve a szülőjét. A gyermek tekintetében, mintegy halál utáni tartási kötelezettségként is felfogható volt a kötelesrész intézménye. Tulajdonképpen ugyanez a szülő tekintetében is fenn állt. Véleményem szerint sokkal inkább a családi vagyon egybetartása, vagy legalább is annak részbeni egyben tartása volt a cél. A kötelesrész intézményének a túlélő házastárs javára való kiterjesztése már áttöri ezt az elvet. Amikor ez már kimondásra került, akkor tulajdonképpen e mögött a női egyenjogúság, alapvetően politikai célkitűzése volt a meghatározó. Nem lehet azonban figyelmen kívül hagyni, hogy ebben az időben nem volt számottevő családi vagyon, tehát a kötelesrésznek – mintegy erkölcsi tartalmát – elsősorban a legközelebbi vérrokonok tartását emelték ki. Ha elfogadjuk ezt az érvelést, akkor nem lehet megindokolni azt, hogy miért van a kötelesrésznél ugyanolyan „öröklési rend”, mint általában a törvényes öröklésnél, vagyis az örökhagyóhoz közelebb álló kötelesrésztre jogosult kizárja a távolabb álló köteles részre való jogosultságát.

Ha a kötelesrésznek a tartási funkciójából indulunk ki, akkor minden kötelesrésztre jogosultnak egy sorban kellene jogosultnak lenni, mert előfordulhat és több esetben elő is fordul, hogy a szülő sokkal jobban rászorulna a tartásra, mint az egyébként jelentős vagyonnal rendelkező gyermek, de a gyermek kötelesrésze megelőzi a szülő kötelesrészét. Ezért csak az a feltevés marad, hogy a gyermek vigye tovább a családi vagyont, vagy legalább is annak egy részét.

Úgy gondolom, hogy ezt a feltevést meg kellene tudni haladni. A kötelesrész intézménye sérti a tulajdonnal való szabad rendelkezés elvét. Kétségtelen, hogy minden alkotmányos jog korlátozható, így a tulajdonnal való szabad rendelkezés elve is. Vizsgálni kell azonban a korlátozás indokoltságát, szükségességét és mértékét.

Jelenlegi jogunk az örökhagyó vagyonának a fele részében mondja ki ezt a korlátozást, amely mérték — véleményem szerint erősen eltúlzott. Nincs olyan körülmény, ami indokolná, hogy az örökhagyó a meglévő vagyonának a felével halála esetére nem rendelkezhet. Ha kötelesrésznek bármelyik korábban említett funkcióját vesszük alapul, az állapítható meg, hogy semmi olyan szempont nincs közöttük, ami a családi vagyon egybe tartását indokolna. (Csak zárójelben jegyzem meg, erre ott van az ági öröklés) A tartási funkciót alapul véve ugyanerre a következtetésre kell jutnunk. Mint utaltam rá, a kötelesrésznek valódi tartási funkciója, feladata nincsen, mert ha a jogalkotó ezt komolyan gondolta volna, akkor a jogosultak között nem az életkor szerinti jogosultságot állapítja meg. A gyermek tekintetében a kötelesrésznek a tartási funkcióját megkérdője-

lezi az a tényleges helyzet, hogy általában a szülő a gyermekével szembeni tartási kötelezettségét, talpra állítását, az életben való elindulását még életében megteszi és leginkább a hátramaradt házastársa vagy szülője szorulna rá, hogy megfelelő vagyonhoz jutva idős korában megfelelő életnívót biztosíthasson magának. Itt feltétlenül meg kell jegyezni, hogy a kiskorú, vagy aki önmaga eltartására önhibáján kívül nem képes (rokkant, fogyatékos stb.) más megítélés alá kell hogy essen. Ilyen esetben a szülőnek a tartási kötelezettség meghosszabbodásáról van szó. Csak példaként említem, hogy ha a szülő önköltséges képzés keretében biztosítja egyik gyermekének az egyetemi diploma megszerzését, míg a másinak nem és végrendeletében az önköltséges képzésre fordított összeggel megegyező hagyatékot kizárólag annak a gyermeknek a javára rendeli, aki nem részesül ilyen „juttatásban” ez vajon sérti-e a kötelesrész iránti igényt? Azt hiszem, hogy a válasz egyértelmű igen.

Joggal tehető fel természetesen a kérdés, hogy véleményem szerint mi legyen a kötelesrésznek a jövője.

Tudatában vagyok annak, hogy egy régi, a társadalom által megszokott jogintézményt egyik napról a másikra lehet ugyan, de nem célszerű megszüntetni. Úgy gondolom, hogy a most készülő új Ptk. igen jó alkalom arra, hogy megkezdődjön ennek az intézménynek a magyar öröklési jogból történő „kivezetése”

Az új Ptk. koncepciója igen tiszteletre méltó javaslatokat tartalmaz a kötelesrész jelenlegi szabályainak a korlátozására. Ezekkel a korlátozásokkal magam részéről teljesen egyetértek. Úgy vélem, hogy valóban bővíteni kellene a kitagadási okokat, és iránymutatást kellene adni a bírói gyakorlatnak, hogy ezeket a kitagadási okokat ne megszorítóan értelmezzék. A jelenlegi szabályozás ugyanis lehetőséget biztosított arra, hogy a Legfelsőbb Bíróság érvénytelennek minősítse azt a kitagadást, amelyben az örökhagyó, azért tagadta ki gyermekét, mert az a gyermekéről, vagyis az örökhagyó unokájáról nem gondoskodott, éveken keresztül nem látogatta, vele semmilyen kapcsolatot nem tartott. A Legfelsőbb Bíróság álláspontja szerint a kitagadottnak ez a magatartása csak akkor szolgált volna elégséges okul a kitagadásra, ha a tartási kötelezettség elmulasztása a gyermeket súlyos nélkülözésnek tette volna ki. A tényál-láshoz tartozik, hogy ez azért nem következett be, mert az örökhagyó gondoskodott az unokájáról.⁸ Nem vitatom, hogy a Legfelsőbb Bíróság ítélete egy szigorú jogértelmezés mellett a Ptk. rendelkezéseinek megfelel. Ugyanakkor úgy gondolom, hogy akkor a Ptk. szabályait kell megfelelően módosítani. A jelenlegi szabályok mellett „majdnem lehetetlen” valakit kitagadni. Csak példaként utalok arra, hogy akit a bíróság három-négy év szabadság vesztesre ítél, az igencsak „érdemtelen” a kötelesrészre, noha a jelenlegi szabályaink szerint nem lehet kitagadni. Ha a hatályos kitagadási okokat végig tekintjük, azok legtöbbje elsősorban a leszármazó kitagadására alkalmasak. Az is igaz, hogy a kitagadás rendszerint a leszármazó tekintetében áll fenn, mert rendszerint van leszármazó,

⁸ Legfelsőbb Bíróság Pf.II.21.006/1988. BH. 1989.312.

és mint említettük, a kötelesrésznél is érvényesül az az elv, hogy az örökhagyóhoz közelebbi örökös kötelesrésze kizárja a távolabbi személy kötelesrészét. Ha a házastárssal szemben áll fenn a kitagadás lehetősége, akkor ez rendszerint azt is jelenti, hogy a felek korábban már elváltak, és így a házastárs kötelesrésze fel sem vetődik. A szülő kötelesrésze életszerűen ritkán jelentkezik, mert a szülő rendszerint korábban hal el, mint a leszármazó. Ha nem ez történik, akkor pedig rendszerint az örökhagyó után nem marad végintézkedés, aminek a híján megint nincsen kötelesrész, illetve a kitagadás fel sem vetődik.

A leszármazók tekintetében szélesíteni kellene a kitagadási lehetőséget, a jelenlegi kitagadási okok bővítésével, mint pl. az örökhagyóval szembeni, nem törődöm magatartás, a kapcsolat egyoldalú és indokolatlan megszakítása stb.

A kötelesrész kivezetésének a másik – és az előzővel együtt alkalmazható lehetősége – a kötelesrész mértékének a csökkentése. A jelenlegi mérték tulajdonképpen meghaladhatja az örökhagyó vagyonának (a hagyaték értékének) a felét, mert a kötelesrész alapjához hozzá kell számítani a tizenöt éven belül ingyenes adományok adománykori értékét is. A mértéket két irányban lehetne szűkíteni. Az egyik, amit az új Ptk. koncepciója is tervbe vesz, nevezetesen szűkíteni kellene az ingyenes adományoknak a kötelesrészhöz való számítás lehetőségét, egyrészt a tizenöt év leszűkítésével, másrészt a kötelesrészhöz való jogosultságot megállapító időpontot kellene megváltoztatni, és ésszerűbbé tenni. A másik út a mérték csökkentése. Elegendő lenne a hagyaték tiszta értékének az egynegyed része, mint kötelesrész.

Ezeknek az elképzeléseknek a megvalósítása a tulajdonnal való – halál eseteire is szóló – szabad rendelkezésnek a szélesebb körben történő biztosítása irányban hatna. Mindezekeken felül jobban szolgálná a favor testamenti elvet, amit az új Ptk. koncepciója tervbe vesz, törvényi szinten is kimondani. Én abból indulok ki, hogy ha valaki végrendeletet alkot és a hozzá vérségi vagy egyéb kapcsolatban legközelebb állók közül valakit – rendszerint a gyermekét – kitagadja, annak valóban alapos oka lehet és az örökhagyónak ezt a szándékát lehetőleg tiszteletbe kell tartani.

Az örökléssel ingyenes vagyonszerzés történik, az illetékszabályok ezt magasabb illetékekkel sújtják. Ugyanakkor mivel ingyenes szerzésről van szó, az ingyenes előnytől történő elesés nem minősíthető hátránynak. Ebben az értelemben ha az örökhagyó kitagadja leszármazóját az öröklésből, ez csak annyit jelent, hogy ingyenesen nem szerzett vagyont. Nem vitatom, hogy ez a felfogás sajátos megközelítése a kérdésnek, de mégis úgy gondolom, ezt a variációt is végig kell gondolni és nem csak abból kiindulni, hogy a leszármazónak „mindenképpen kapni kell valamit”, ami az örökhagyó vagyonához viszonyítva nem is csekélység, mert a vagyon fele része.

ad d) A gazdasági társaságokra vonatkozó rendelkezések által felvetett öröklési jogi kérdések.

Ebben a körben a probléma abban nyilvánul meg, hogy van egy kétségtől való vagyoni értékű jog, legyen az üzletrész, részvény, vagy éppen nem jogi személyiségű gazdasági társaságban tagsági jog, amelynek a jogosultja meghal, akkor az öröklési jog szabályait miként lehet alkalmazni. Elvben a Ptk. jelenlegi szabályai megfelelőek, mert a meghalt személy jogutódja, vagy jogutódjai örökölni fogják az örökhagyó vagyonába tartozó vagyontárgyakat, jogokat és kötelezettségeket. Ugyanakkor ezek a vagyoni értékű jogok társasági formától függően rendelkezhetnek bizonyos személyhez tapadó jelleggel, mert egy meghatározott gazdasági társaságban a jogelőd, az örökhagyó tag volt. Az egyes társasági formáknál ez különböző formában jelenik meg.

da) a közkereseti társaságnál és a betéti társaságnál a tag halála megszünteti a tagsági viszonyt;

db) a korlátolt felelősségű társaságnál a tag halála főszabály szerint a tagsági viszonyt nem szünteti meg, mert a tagsági viszony örökölhető. Ugyanakkor a Gt. megengedi, hogy a tagok ezt a lehetőséget kizárják;

dc) részvénytársaságnál ez a kérdés így nem vetődik fel, mert ott tulajdonképpen nem beszélhetünk tagsági viszonyról, ott a részvény, mint értékpapír öröklése vethet fel kérdéseket;

dd) noha a kérdés kétségtelenül nem mondható gyakorlatinak, de öröklési esetek még a közös vállalatnál is felvetődhetnek.

ad da) A közkereseti és betéti társaságnál a Gt. egyértelműen rendelkezik, amikor kimondja, hogy a tag halálával a tagsági viszony megszűnik [Gt. 92. § f) pont]. Ugyanakkor ennek a rendelkezésnek a tükrében nehezen értelmezhető a Gt. 96. §-nak az a rendelkezése, hogy „a meghalt tag örököse a társaság tagjaival történt megállapodás alapján a társaságba tagként” beléphet. (96. § első mondat.) Ez kétségtől való igaz, de teljesen fölösleges ezt kimondani, mert bárki, bármikor beléphet a társaságba, ha a tagokkal ebben megegyezett és a Gt. által előírt minimális feltételeknek megfelel (nem egyéni vállalkozó, nem korlátlanul felelős tag más társaságban stb.) A Gt. 96. § további része azt mondja: „Megállapodás hiányában az örökösrel történő elszámolásra a 95. § rendelkezéseit kell megfelelően alkalmazni. A 95. § szerint kell elszámolni a tag jogutódjával is, ha a jogutód úgy dönt, hogy nem válik a társaság tagjává.” Ez a rendelkezés ellentmondásos, illetve – véleményünk szerint – nem alkalmazható.

Abban egyértelmű a Gt. hivatkozott rendelkezése, hogy a tag halálával a tagsági viszony megszűnik. Ez azt is jelenti, hogy a tagsági viszony nem örökölhető. Ilyen körülmények között az egyébként jogutód tagnak a társaságba tagként történő belépése, nem a jogelőd tag tagsági viszonyának a folytatása lesz, hanem új tag felvételét jelenti és mindazokat a lépéseket meg kell tenni, amelyeket az új tag felvételére a Gt. előír. (Társasági szerződésmódosítás, amibe pl.

bele kell foglalni a tag vagyoni hozzájárulását és a vagyon rendelkezésre bocsátásának a módját stb.

Véleményem szerint, ha a tag jogutódja a társaságba belép, a társaság akkor sem mentesül azon kötelezettségétől, amelyet a Gt. 95. § (1) bekezdése előír. E szabály szerint „a társaságtól megváló taggal a tagsági jogviszonya megszűnésének időpontjában fennálló állapot szerint kell elszámolni”. Vagyis a társaságnak a tag jogutódjával mindenképpen el kell számolni, akár belép a társaságba, akár nem. Nem vitatjuk, hogy nem azonos körülmény az, hogy valakit a bíróság kizár a társaság tagjai sorából, vagy pedig meghal, ugyanakkor egyéb polgári jogi, de társasági jogi szempontok is egyértelműen az örökösrel szembeni elszámolást indokolják. Ezek az indokok a teljesség igénye nélkül a következők:

- Ha el fogadjuk azt, hogy a meghalt tag jogutódja, amikor belép a társaságba az új tagnak számít,⁹ akkor mint arra fentebb utaltunk, a társasági szerződésbe kötelező elemként meg kell határozni a tagok vagyoni hozzájárulását. A jelenlegi cégbírószági gyakorlat is ezt egyértelműen megköveteli. Pontos adat viszont csak akkor adható meg, ha az örökös (belépő tag) és a társaság elszámol egymással. Feltéve persze, hogy az örökös a jogelőd vagyonrészét a társaságban hagyja. Az sem kizárt azonban, hogy a jogutód új tag nagyobb vagy éppen kisebb vagyontőmeggel vesz részt a társaságban. Sőt tovább menve, az sem kizárt, hogy az örökhagyó a társaság beltagja volt és az örökös kültagként lép be a társaságba, vagy éppen fordítva, kültag volt és beltagként lesz a társaság tagja.
- A közkereseti társaságnál is a vagyoni hozzájárulás mértéke több esetben meghatározó lehet, mint pl. az adózott jövedelem szétosztásakor, vagy a veszteség viselés esetében. Ha nem számolnak el a meghalt tag örökösével, aki ugyan belép a társaságba, legalább is forma szerint nem meghatározható a vagyoni hozzájárulása. Az már csak színezi a helyzetet, hogy ha több örökös van és nem mindegyik örökös lép be tagként a társaságba, vagy nem mindegyik örökösrel állapodnak meg a tagok a belépést illetően, akkor az egyes örökösök örökrészét csak akkor lehet megállapítani, ha a volt tag örököseivel – tehát azzal is aki belép ugyan tagként a társaságba – megfelelő formában elszámolnak.
- Az elszámolási kötelezettség mellett szól az a körülmény is, hogy leszármazói öröklés esetén a leszármazó is, és a túlélő házastárs is kérheti a túlélő házastárs haszonélvezeti jogának a megváltását. Ha az örökösrel, aki belép a társaságba nem számolnak el, akkor ezt a haszonélvezeti jogot nem lehet megváltani, mert nem ismert a hagyaték értéke.
- Az sem tekinthető elhanyagolható szempontnak, hogy az örökös felelősséggel tartozik az örökhagyó tartozásaiért. Ez a felelőssége azonban a hagyaték

⁹ Márpedig más lehetőség nincsen, mert a Gt. fentebb idézett rendelkezése szerint a tag halálával az elhunyt tag tagsági viszonya megszűnik.

ték tárgyaira illetve annak értékéhez igazodik. Ha a kívül álló harmadik személy, mint hagyatéki hitelező lép fel a társaságba tagként belépő örökösrel szemben, meg kell tudni állapítani a hagyaték értékét, mert ez lesz az örökös felelősségének a felső határa és a társaságba tagként belépő örökös ilyen mértékig fog az örökhagyó tartozásaiért felelni.

- Az elszámolás mellőzése nehezen megoldható, vagy éppenséggel megoldhatatlan helyzetet eredményez a túlélő házastárs haszonélvezeti jogával összefüggésben is. A túlélő házastárs, mint haszonélvező követelheti, hogy az örökrészt adják neki birtokba és a saját belátása szerint hasznosítsa azt. A Gt-nek nincs szabálya arra, hogy ilyen esetben, amikor a tagsági viszonyból származó jogosultságnak két jogosultja van – tudniillik a leszármazó megörökli a tulajdonjogot, a túlélő házastárs pedig a haszonélvezeti jogot –, akkor hogyan történik a jogosultsággal való rendelkezés. Pl. az arról történő szavazásnál, amikor arról kell döntenie, hogy fizessenek-e osztalékot, vagy az adózott eredményt beruházási célra használják fel. Ha ugyanis a társaság osztalékot fizet, akkor az osztalék a haszonélvező tulajdonába megy át, mint a vagyoni értékű jog „haszna”. Ha pedig az adózott eredményt beruházásra fordítják, akkor az „állagtulajdonos” tulajdona fog növekedni és a haszonélvező tulajdonképpen – legalább is az adott évben – semmi előnyt nem fog a haszonélvezetből szerezni. Ez a kérdés egyébként még élesebben vetődik fel a Kft. esetében.

Úgy gondolom, az érveket még lehetne sorolni, de feltehetőleg a következtetés levonásához ennyi is elegendő.

A fentiek alapján véleményünk szerint a Gt. 96. §-ának az átgondolására lenne szükség. Mind addig azonban, amíg erre nem kerül sor, azt tekintenénk helyes gyakorlatnak, ha a Gt. 96. § harmadik mondatából – „a 95. § szerint kell elszámolni a tag jogutódjával is, ha a jogutód úgy dönt, hogy nem válik a társaság tagjává” – csak az első fordulatot vennék figyelembe, vagyis minden feltétel nélkül kellene a társaságnak a meghalt tag jogutódjával elszámolni.

A hivatkozott mondat második fordulata egyébként is pontatlan, mert lehet ugyan, hogy a tag úgy dönt, hogy a társaság tagjává kíván válni, de a társaság tagjai meg úgy döntenek, hogy ezt nem akarják, akkor legszélsőségesebb álláspontként sem jöhet ugyanis szóba az a változat, hogy ha a meghalt tag jogutódja úgy dönt, hogy a társaság tagjává kíván válni, akkor ezt a társaság köteles lenne tudomásul venni és elfogadni.

Az általunk helyesnek vélt megoldás egyértelművé tenné, hogy a meghalt tag örököse a társaság tartozásaiért – mint egyetemleges adóstárs jogutóda – csak a hagyatéki tartozásokért való felelősség szabályai szerint felelne. Ez tulajdonképpen igazságos is, mert a meghalt beltagtag is csak a saját vagyonával felelne, és ez a vagyon száll át az örökösre vagy örökösökre és így a hitelezői igény nem csorbulna. Ha a meghalt tag örököse belép a társaságba, akkor vi-

szont már nem mint örökös, hanem a Gt. 90. § (3) bekezdés alapján, mint a társaság tagja lesz felelős a társaság tartozásaiért és természetesen nem csak az örökölt, hanem egyéb vagyonával is köteles lesz helytállni.

A betéti társaság tagjánál ugyanezek a szempontok érvényesülnek. A kültag tekintetében pedig csak annyi a különbség, hogy a meghalt kültag örököse azzal az összeggel felel a társaság tartozásaiért, amilyen összeget a társaságtól kapott. A kültag ugyanis nem felel a társaság tartozásaiért, csak a betét szolgáltatására köteles. A társaság viszont saját vagyonával tartozik felelősséggel. Ha a társasági vagyonból a kültag örököse kivisz meghatározott összeget, ezzel csökken a társasági vagyon, és ha a megmaradt társasági vagyon nem fedezi a társaság tartozását, akkor ezzel az összeggel természetesen a kültag örököse felelősséggel tartozik.

ad db) A Kft. üzletrész öröklésénél némileg eltérő a helyzet. Az eltérés elsősorban abból adódik, hogy a Gt. szabályaiból következően – kétségtelenül kissé következtelenül – lehetőség van arra, hogy a tag üzletrésze az örököse, a többi tag kifejezett hozzájárulása nélkül a Kft. tagjává váljon. Azért tartjuk ezt kissé következtelennek, mert a Kft. kétségtelenül átmeneti társasági forma, mert részint személyegyesítő, részint pedig vagyonegyesítő társaság. Ugyanakkor a Gt. több olyan rendelkezést tartalmaz, amely a személyegyesítő jelleget nyomatékosítja. Gondolunk itt elsősorban a nyilvános felhívás tilalmára, vagy pedig az üzletrész tekintetében a társaságot, tagot, vagy a taggyűlés által kijelölt személyt megillető elővásárlási jogra.

A Gt. 123. § (2) bekezdés f) pontja a társasági szerződés fakultatív részévé teszi, hogy jogutódlás esetén a tagok kizárják az üzletrész átszállását, illetve megosztását. A Gt. 139. §-a kifejezetten is kimondja a tagsági viszony öröklését, természetesen abban az esetben, ha a társasági szerződés ezt nem zárta ki. A társasági szerződés megkötésekor a tagoknak „fogalmuk sincsen”, hogy ki lesz valamelyik tag örököse. Bármelyik tag bárkit végrendeleti örökösévé tehet és ezáltal az örökös, a tag halála esetén a társaság tagjává válik. Ez azonban elsősorban társasági jogi és nem polgári jogi kérdés. Az viszont már polgári jogi kérdés, hogy az örökös akkor is tagja lesz egy társaságnak – ahonnan egyébként nem lehet kilépni –, ha neki esze ágában sincs a társaság tagja lenni. A Gt. ugyanis csak a jogutód nélküli megszűnés esetére írja elő az üzletrésznek a társaság általi megváltási kötelezettségét. Ha a társasági szerződés kizárja, hogy a tagsági viszony örökölheto legyen, akkor a társasági szerződésnek rendelkezni kell az üzletrésznek vagy a társaság vagy a tagok általi megváltásáról. Ilyen kötelezettsége a társaságnak sincsen akkor, ha a tag örököse nem kíván a társaságba belépni. Színezheti a helyzetet, ha az állam, mint szükségképpen törvényes örökös szerepel. A meghalt tag természetes személy örököse még ugyan megteheti, hogy az örökséget visszautasítja, de ez csak kiesési okot jelent és végső soron az állam lesz a szükségképpen törvényes örökös, akit még a visszautasítás joga sem illet meg. (Csak zárójelben jegyzem meg, hogy ezek a kér-

dések ma még nem vagy csak igen ritkán jelennek meg, mivel gyakorlatilag 14–15 éve működnek újra Magyarországon gazdasági társaságok és várhatóan ezután jelentkeznek nagyobb számban az örökléssel kapcsolatos jogviták és problematikus esetek.)

Feltételezve, hogy a tagok nem zárták ki az üzletrésznek a jogutódlási lehetőségét, ha a meghalt tagnak több örököse van, akkor az üzletrésznek vagy több tulajdonosa lesz és az örökösök kijelölik és bejelentik a társaságnak (ügyvezetőnek) azt a tulajdonostársat, aki őket a társasággal szemben képviselni fogja. Másik megoldási lehetőség, hogy az üzletrészt megosztják. Ennek azonban természetes gátja lehet – főleg nagyobb számú örökös esetén –, hogy a megosztás során is be kell tartani a törzsbetétre vonatkozó előírásokat.¹⁰

Véleményünk szerint nem ennyire egyszerű helyzet akkor, ha a hagyatékon, túlélő házastárs haszonélvezeti joga áll fenn.

Túlélő házastárs esetében lehetőség van a haszonélvezeti jog megváltására. Ha a haszonélvezeti jogot megváltották, akkor a túlélő házastárs tulajdonostárs lesz és az üzletrész sorsa a fentieknek megfelelően úgy alakul, mint amikor több örökös lép a meghalt tag helyébe. Vagy közös tulajdonú üzletrész lesz, vagy pedig a társaság az üzletrészt megosztja.¹¹

Nem ennyire egyszerű a helyzet akkor, ha a haszonélvezeti jog megváltására jogosult személyek közül senki sem kéri a haszonélvezeti jog megváltását. Ebben az esetben, ha az üzletrész egyben marad, akkor az egész üzletrészen, ha pedig az üzletrészt megosztják, akkor az örökösök tulajdonába kerülő üzletrészekben a túlélő házastárs gyakorolja a haszonélvezeti jogát.

A Ptk. 157. § (2) bekezdése szerint: „a haszonélvezet fennállása alatt a tulajdonos a birtoklás, a használat és a hasznok szedésének jogát csak annyiban gyakorolhatja, amennyiben a haszonélvező e jogokkal nem él.” Nyitott kérdés, hogy a szavazati jog gyakorlása megilleti-e a túlélő házastársat vagy nem. Úgy gondolom, hogy a kérdést nem lehet egyértelműen igennel vagy nemmel megválaszolni.

Alapvetően két megoldás képzelhető el:

– minden esetben a túlélő házastárs szavaz, de ha olyan döntéshez járul hozzá, amely veszélyezteti a társasági vagyont, akkor a Ptk. 161. § analógiájára, vagyis, ha a haszonélvező a dolgot nem rendeltetésszerűen használja a tulajdonos végső soron a haszonélvezet felfüggesztését kérheti. Ebben az esetben ez a vita a társaságon kívül marad, a tulajdonos és a haszonélvező között lehet vita tárgya. Ugyancsak a Ptk. szerint a tulajdonosnak jogában áll tájékoztatást kérni a

¹⁰ A törzsbetét legkisebb összege 100.000 Ft lehet, ezen összeg felett pedig 10.000- rel maradék nélkül oszthatónak kell lenni. [Gt. 125. § (1) bekezdés.]

¹¹ Ebben az esetben csak az a nem lényegtelen kérdés, hogy a haszonélvezeti jog megváltása esetén a túlélő házastárs az elhunyt személynek jogutóda-e vagy nem. Ha ugyanis nem tekintjük a túlélő házastársat jogutódnak, akkor a Gt. 139. § (1) bekezdése szerint az üzletrész tulajdonjoga nem száll át a túlélő házastársra és ez további bonyodalmat okozhat.

túlélő házastárstól, (a haszonélvezőtől) azon rendelkezés alapján, hogy a tulajdonos a haszonélvezeti jog gyakorlását ellenőrizheti.

– A másik lehetőség, hogy a szavazati jog a tulajdonosnál marad. Ez esetben viszont a haszonélvező érdekeinek a védelmére igen csekély súlyú eszközök maradnak. A tulajdonosnak ahhoz fűződik érdeke, hogy a vállalkozás eredménye, vagy annak nagyobb hányada bent maradjon a vállalkozásba, vagyis ne kerüljön osztalékként szétosztásra, mert az osztalék nem vitásan a haszonélvezőt illeti meg, a társaság vagyonát növelő beruházás pedig az ő vagyoni gyarapodását szolgálja.

– Elméletileg szóba jöhetne olyan megoldás, hogy megosztva – a tulajdonos és a haszonélvező – gyakorolják a szavazati jogot, ezt a lehetőséget azonban a Gt. nem ismeri és nem is igen valósítható meg.

Úgy vélem, hogy a haszonélvezőnek kell biztosítani a szavazati jogot, mert végeredményben az ő felelőssége, hogy az üzletrészt megfelelően használja, hasznosítsa. Ettől függetlenül célszerű lenne a kérdést jogszabályban rendezni.¹²

A fentiekben megkísérletem öröklési jogunk egy-két olyan kérdését felvetni, ahol a fejlődés meghaladta a korábbi jogi kereteket, amelyeket érdemes lenne tovább gondolni és az igényeknek jobban megfelelő szabályokat alkotni.

LAJOS BESENYEI

AKTUELLE FRAGEN DES ERBSCHAFTSRECHTES IN UNGARN

(Zusammenfassung)

Das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB), seitdem es in Kraft getreten ist (1. Mai 1960), wurde etwa hundertmal geändert, das Erbschaftsrecht dagegen nur einmal, im Jahre 1977.

Wenn man betrachtet, dass sich in der letzten zwölf Jahren die wirtschaftlich-gesellschaftliche Situation tiefdringend geändert hat, dann ist es eindeutig, dass unseres Erbschaftsrecht auch im Wesentlichen geändert werden sollte.

Der Beitrag teilt die gewünschten Änderungen in zwei Gruppen.

a. In die erste Gruppe gehören die Vorstellungen, die zwar zur Zeit in Kraft sind, aber – mindestens der Meinung nach des Autors – bereits teilweise oder ganz überwunden sind. Hier sind mehrere Bestimmungen, bezüglich der

¹² Ez annál is inkább megoldható, mert nem csak a Ptk. újrakodifikálása, hanem a gazdasági társaságokról szóló törvény újrakodifikálása is napirenden van és mind a két törvénynek elkészült már a koncepciója.

Formalität des Testaments zu erwähnen, oder eine neue Formulierung der Institution des Pflichtteils, mindestens die Entziehung vom Pflichtteil, d.h. die Erweiterung der Enterbung, deren Bannkreis zur Zeit sehr eng ist, oder das Maß des Pflichtteils.

b. In der zweiten Gruppe sollen die Fragen erwähnt werden, die zwar zur Zeit im BGB nicht zu finden sind, sollten aber der Meinung nach des Autors auch geregelt werden, weil die Regulierung von der Gesellschaft benötigt wird. Es gehören Fragen hierher, deren Lösung der gesellschaftlichen Gerechtigkeit dienen würde. Hier sollte – die vielleicht wichtigste – Frage, die Unhaltbarkeit der Erbschaftrechtssituation des Lebensgefährten erwähnt werden. Zum Beispiel, wenn jemand jetzt im Krankenhausbett heiratet, und bevor der Verlassung des Krankenhauses stirbt, die Witwe/der Wittwer erbt kraft des Gesetzes – wenn es kein Abkömmling gibt – mit der Ausnahme des Linienvermögens das ganze Vermögen des Erblassers. Dagegen, wenn jemand in Lebensgefährtenbeziehung lebt, sei es beliebig lang, und es sollen sogar Kinder erzogen werden, der überlebende Lebensgefährte ist in juristischer Hinsicht im BGB gar nicht erwähnt.

In diese Gruppe gehören auch die Fragen, die das Gesellschaftsrecht aufwirft. Weder die jetzige gesellschaftsrechtliche Regelung, noch der Erbschaftsteil des BGB geben eine Anweisung in Fällen, wenn der Gegenstand der Nachlassenschaft eine Teilnahme in einer wirtschaftlichen Gesellschaft ist.

Der Beitrag beschäftigt sich in erster Reihe mit der Formalität des Testaments. Es wird kritisiert, dass laut der jetzigen Gerichtspraxis im Fall eines formalen Fehlers keine Beweisführung zugelassen ist. Dementsprechend kommt es oft vor, dass der Erbe nicht bezweifelt, dass am Testament die Unterschrift des Erblassers steht, da aber die beidern Zeugen – das Testament wurde mit fremder Schrift geschrieben – nicht ununterbrochen und gleichzeitig anwesend waren, er fechtet das Testament an, und wenn er seine Aussage beweisen kann, gewinnt er auch den Prozess. Im konkreten Falle suchte der Erblasser den Notar mit seinem Testament, das mit einer Schreibmaschine geschrieben wurde, um Beglaubigung auf. Der Notar hat es getan, und das Gericht erklärte das Testament für ungültig, weil zur Gültigkeit eines Testaments, das mit fremder Hand geschrieben wird, zwei Zeugen ununterbrochen und gleichzeitig anwesend sein müssen. Es ist zwar wahr, dass das Gesetz die Anwesenheit der beiden Zeugen vorschreibt, damit sie die Echtheit der Unterschrift bestätigen, hier lebt aber die Formalität ein Eigenleben und aufgrund dessen kann das Testament angefochten werden.

In diese Gruppe gehört weiterhin das Problem der jetzigen Regulierung der Institution des Pflichtteils. Unserer Meinung nach begrenzen die jetzigen Regeln ernst das Recht des Erblassers, dass im Falle seines Todes er frei über sein Vermögen disponiert. Die Tatsache, dass der Erblasser über die Hälfte seines Vermögens nicht disponiert, wird das Verfügungsrecht des Erblassers verletzt. Nach Meinung des Autors kann eine Blutverwandtschaft nicht solche

„schwerwiegende“ Folgen haben. Das geschriebene Gesetz und die Gerichtspraxis haben die Bedeutung der Institution der Enterbung sehr beschränkt. Wir halten den Gesichtspunkt begründet, dass die für die Berechtigten gesicherten Rechte im Zusammenhang der Institution des Pflichtteils im Wesentlichen gekürzt werden sollten.

Eine mögliche Lösung wäre die Erweiterung der Enterbungsgründe, andererseits sollte der Maß des Pflichtteils mindestens um die Hälfte gekürzt werden.

Als es schon erwähnt wurde, wir sehen grundlegende Probleme mit der Erbschaftssituation der Lebensgefährten. Heutzutage wird die Lebensgefährtenbeziehung in der europäischen Praxis allgemein anerkannt. Wir sehen das Problem darin, dass eine erbschaftsrechtliche Wirkung nur mit einer Ehe verbunden ist, und der Umstand nicht akzeptiert wird, dass die Ehe nicht die ausschliessliche Form einer Familienbeziehung ist. In einer Lebensgefährtenbeziehung kann auch ein harmonisches Familienleben ausgebaut werden.

Wir sehen keinen Grund dafür, dass gerade das Erbschaftsrecht keine Rechtswirkung mit der Lebensgefährtenbeziehung verbindet, obwohl im ungarischen geschriebenen Gesetz es etwa 170 Rechtsnormen gibt, die zur Lebensgefährtenbeziehung eine Rechtswirkung binden. Wir meinen, wenn die verschiedenen Rechtsnormen der Lebensgefährten-beziehung eine Bedeutung haben, dann muss sich diese Tatsache auch in dem Erbschaftsrecht widerspiegeln, und wenn auch im engen Kreis, aber die Erbmöglichkeit des Lebensgefährten auch anerkannt werden muss.

Es scheint wahrscheinlich zu kühn, aber wir können den Lebensgefährten in der gleichberechtigten erbschaftsrechtlichen Situation mit dem Ehegatte vorstellen. Die Ausrede, warum der Erblasser nicht zu Gunsten seines Lebensgefährten testiert hat, ist nicht zu akzeptieren, weil das Testieren in Ungarn nicht üblich ist. Die Leute machen im Allgemeinen kein Testament, es kann sogar die Aussage riskiert werden, dass die meisten nicht wissen, dass der Lebensgefährte nicht erbt, weil z.B. nach einem Jahr Lebensgefährtenbeziehung der Lebensgefährte Recht auf „Witwenrente“ bekommt.

Wenn ihre Feststellbarkeit gelegentlich nicht möglich ist, ist auch nicht zu akzeptieren. Das BGB definiert die Lebensgefährtenbeziehung genau und fügt weitere Rechtsfolgen hinzu. Daraus folgt es, dass die Lebensgefährtenbeziehung in einem entsprechenden Beweisverfahren zu behaupten ist. Die Beweislast ist natürlich zu Lasten des überlebenden Ehegatte vorzuschreiben.

BLAZOVICH LÁSZLÓ

Az Andreanum és az erdélyi szászok az etnikai autonómiák rendszerében a középkori Magyarországon

A 13. században, az aranybullák évszázadát, a nagy gazdasági és társadalmi átrendeződés idejét élte Magyarország. A mezőgazdaságban megjelent új technikák valamint az ország népességének a gyarapodása lehetővé tették az addigi önellátó gazdasági forma túlhaladását és ezzel egy jobb életminőség megvalósítását. Az ország mind nagyobb területeinek bekapcsolása a gazdaság vérkeringésébe és a föld intenzívebb megművelése együtt járt a korábbi bonyolult társadalmi szerkezet lassú átalakulásával, és a társadalomban a két nagy csoport, a nemesség és a jobbágyság megjelenésével, amelyek alapjogai és kötelezettségei a nyugat-európai társaikhoz hasonlóan azonosak voltak. A korszak embere bizakodva tekintett a jövőbe, és törekedett szabadságjogainak megszerzésére, és arra, hogy e jogokat maga és társai részére privilégiumokban biztosítsa. Reménykedett az írásban lefektetett jogok és köteleességek, amelyeket a királytól nyert el, állandóságában.

Magyarországon a királyi hatalom a Nyugat-Európában nem látott hatalmi túlsúllyal, erőttöbblettel rendelkezett az ország más hatalmi tényezőivel szemben. A 13. század idejéig az országban a király szava parancsolt. A társadalmi és gazdasági változásokkal és a társadalom átrétegződésével egy időben megváltozott a királyi hatalom helyzete. Elvesztette mindenhatóságát, válságba került és immáron új alapokon majd csak közel egy évszázad múlva nyerte vissza korábbi erejét. Addig természetesen számos sikeres és sikertelen kísérlet született a központi hatalom tekintélyének a megerősítésére, amelyek között az államháztartás átszervezése, az ország védelmének erősítése mellett szerepelt az idegen, a királyt szolgáló és neki adózó népcsoportok befogadása, amelytől sohasem idegenkedtek az Árpád-házi királyok, sőt utódaik sem.

Így érkeztek Magyarországra a városokat alapító latin majd német hospesek. Az előbbieket Fehérváron, Esztergomban, Pécsen, Egerben, Váradon és Zágrábban találtak új otthonra, az utóbbiak Buda-Pestűjhegyen, Nagyszombaton, Pozsonyban, Sopronban, Kassán, Eperjesen és más felvidéki településeken foghattak hozzá a városi élet kialakításához. Mellettük – mint említettük – jelen-

tős számú népcsoportok érkeztek. Nyugatról a később szászoknak nevezett németek, akiket a királyok Erdélyben és a Felvidéken telepítettek le, továbbá keletről mások mellett a kunok és jászok, akik az Alföldön kaptak helyet, és hadi szolgálataik valamint adóik fejében jelentős kiváltságokat nyertek más határőr szolgálatot teljesítő népekkel, pl. a székelyekkel együtt. Kiváltságaikkal mintegy „átlyuggatták” azt az egységes jogi szövedéket, amely az egész országra kiterjedően átfogta a Magyarországon élő népességet.

A magyar királyság a 13. században fejlettségét tekintve olyan szinten állt, hogy be tudta fogadni a hospeseket, akik saját jogukat hozták magukkal, és aszerint éltek, mivel a király megadta számukra a lehetőséget, és ők éltek vele hosszú évszázadokon át, igaz, módosulások időközben bekövetkeztek. A származás szerinti jog nem volt ismeretlen a germán korban, ahol a korai időszakban a területi és személyi jog egybe esett. A későbbi időszakban, az 5. századtól a germán birodalmak korában a népek és törzsek keveredésével a népjogokban kialakult a származáson alapuló, személyhez tapadó jog elve, amely egy személyileg meghatározott csoportot, kört illetett meg és kötelezett, másrészt az ehhez tartozók bárhol is éltek, e jog védelme alatt álltak. E jogot ismerte már a Lex Ribuari (623–639), és egy 768. évi kapituláré rögzítette, hogy a „rómaiak” és száliak a saját származásuk joga szerint (lex originis) élhetnek a frank birodalom bármely vidékén lakjanak is. E jog érvényesítésének a formája az volt, hogy az illető személy bíró előtt kijelentette ragaszkodását a származási jogához (professio juris). A Karoling kortól kezdve a törvényhozók igyekeztek a hatályos jogban a területiség elvének a megvalósítására, és a származástól független területiség elve a 11. századtól a szokásjogban is érvényre jutott. A származási jogot II. Konrád császár 1038-ban Rómában kiadott törvényében hatályon kívül helyezte, jóllehet Itáliában még a 13. században előfordultak esetei. Erre az időre azonban már mindenki saját városának falujának vagy tartományának jogával élt.

A Magyarországra érkezett hospesek joga nem állt közvetlen összefüggésben a törzsi eredethez kötött származási joggal, de közöttük azonosságok fedezhetők fel. E vendégek akár városlakóként, akár másképpen egy-egy meghatározott vidékre, területre érkeztek, kezdetben a királytól kapott jogok és kiváltságok csak saját közösségeikre, és azok tagjaira terjedtek ki, amelyet jól mutat a városba érkező hospesek első pecsétjének felirata, amely nem a város pecsétje, hanem a hospeseké volt. Később, amikor jogaik, az egész városra illetve annak lakosságára terjedtek ki, születtek a városi pecsétek. Utóbb vált tehát az etnikai jellegű személyes jog területi joggá. Mindez figyelemmel kísérhető az általunk tanulmányozott erdélyi szászok esetében, akik nemcsak városlakó hospesekként érkeztek, hanem jelentős területet kaptak a királytól. Az idők folyamán, éppen az 1224-ben kiadott Andreanum nyomán személyes jogaik területileg lettek hatályosak.

A hagyományosan elfogadott nézet szerint Erdélyben az idegenek, köztük a németek, a 11. század elején jelentek meg, és nagyobb számban II. Géza király

uralkodása alatt érkeztek. Feltételezés csupán, hogy abban szerepet játszott az 1147–1149. évi keresztes hadjárat. Ám 1191 és 1196 között a pápai legátus említette, hogy II. Géza király adta át a flandriaiaknak a pusztaságot (desertum), és maga az Andreanum hivatkozik arra, hogy kiváltságait Géza királytól kapták. A két adatnak mindenképpen hinnünk kell, Géza király az Altlandba, a Nagyszeben–Újegyház–Nagysink tengely két oldalán letelepedőknek kiváltságokat adott, amely mindenképpen kiterjedhetett az önálló bírászkodásra, és arra, hogy közösségeik életét autonóm módon szervezzék meg, azaz a magukkal hozott jogok szerint éljenek közjogi és magánjogi tekintetben egyaránt. A bizonyára a két fél képviselői között szóban született megállapodás pontjai újabbak mellett bekerültek később az Andreanumba.

Az erdélyi szászok kiváltságlevele, az Andreanum megszületésének körülményeit fedő homályt ma már nem lehetséges teljesen eloszlatni, éppen a korabeli hírforrások hiánya miatt. Az oklevélben leírt kiváltságokat az erdélyi német hospesek (fideles hospites nostri Theutonici Ultrasilvani universi) kapták. A szász elnevezés később alakult ki, talán véletlenül, amint a török idők után Magyarországra érkező németek sváb elnevezése, mivel a szászok mellett a német birodalom számos szögletéből érkeztek bevándorlók. Az oklevél kiadásának körülményei sem tisztázhatók pontosan. A kutatás úgy véli: miután II. András király nem tudott együttműködni a Barcaságban letelepített német lovagrenddel, amelynek önállósodási törekvéseit a pápa is támogatta, elhatározta kiűzésüket. Mielőtt vállalkozásához hozzáfogott, magát és az ország határának védelmét biztosítani akarván a Dél-Erdélyben letelepített német hospeseknek kiváltságlevelet adott, amely az első és legteljesebb írásbeli megfogalmazása azon etnikai kiváltságoknak, amelyekből egész sereg született a 13. század folyamán. Végül maga a kiváltságlevél eredetije nem maradt fenn, legkorábbi hiteles átírása I. Károly király 1317. május 25-i oklevelében található. Ilyen módon valódisága kétséges, ám mivel beletartozik a 13. századi nagy kiváltságlevelek sorába, és azoknak szellemiségével egybevág, adatainak hitelessége vitán felül áll. Mielőtt összehasonlításokat tennénk az Andreanum és a más népeknek adott etnikai autonómiák között, vegyük számba az erdélyi német hospeseknek adott jogokat és kötelezettségeket.

Az oklevél, mint társai, az egyes jogokat és kötelezettségeket nem egymástól elválasztva, külön csoportba szedve írja le, hanem az egyes esetek és témák keverednek benne, viszont alkotójának lényegre törő szemléletmódja következtében nem tartalmaz olyan pontokat, amelyek gyorsan tovatűnő korabeli aktualitásokra vonatkoznak. E tekintetben jelentős különbség észlelhető közte és a többi privilégiumlevél – beleértve a magyar nemesség későbbi sarkalatos szabadságait tartalmazó 1222. évi aranybullát is – között. Szinte hiányzik belőle a középkori ember apró részletekre kiterjedő, azokat a lényegesekekkel egyenlő mércével kezelő szemlélete.

A privilégium-levél mindenekelőtt a szászok területét határolta körül kiterjesztve ezt addig általuk nem birtokolt területekre. A nyugati végét Szászváros-

nál (Orăștie) jelölte meg, a keletit pedig Barótnál (Barolt) vonta meg. Kiterjesztette továbbá a székelyek földjére, amely nem azonos a későbbi székely területekkel, Sebes (Szászsebes, Sebeș) és Daróc (Homoróddaróc, Drăușeni) földjére. A területet nyugat felől a szász szórványok lakta, Hunyad megye, délen az országhatár és a már románok lakta Fogarasföld, keleten a Székelyföld, északon pedig Küküllő és Fehér megyék határolták. Keleten Fehér megye néhány csíkban választotta el a Szászföldet Fogarasföld és Brassó vidékétől, a Barcaságtól, amelyre utóbb kiterjedtek az Andreanumban leírt jogok. Megkapták továbbá a vlahok és besenyők erdejét vizeivel együtt velük közös használatra. E terület a Fogarasföldet jelenthette és az oklevél egyúttal őrzi annak emlékét, hogy itt a besenyők egykoron határvédelmi feladatot láttak el. A királyi adományozáshoz tartozó erdőknek a vizekkel együtt minden hasznát a gazdagok és a szegények egyformán élvezhették, és igénybe vehették az ott vezető utakat. Az adományozott terület kiemelt védelmét jelentette, hogy a királytól bárki falvakat vagy praediumokat kért fel adományozásra, és ha azt a király megtette, a szászok ennek azonnal ellentmondhattak. E cikkelyek a jog erejével messzemenőleg biztosítják a szászok, a királyi nép földjének védelmét.

A nekik adott föld pontos körülhatárolása és védelmének jogi biztosítéka után a privilégiumlevél a hatalmi viszonyokat tisztázta, amennyiben a király kivette őket bármely mindenkori tisztségviselőjének a hatalma alól, előljárójuként a szebeni ispánt rendelte – föléje később még az erdélyi vajda, mint az egész territorium vezetője került –, aki a királyi akaratot közvetítette feléjük, illetve a király képében döntött a hozzá fellebbezett illetve eljuttatott bírósági és egyéb ügyekben. A következő cikkely azonban siet rögzíteni a középkori városi és etnikai autonómiák legfontosabbikát, a szabad bíró- illetve tisztségviselő választást, jóllehet azt néven nem nevezi (*comes ... Cybiniensis nullum praesumat statuere in praedictis comitatibus...*), mégis ez olvasható ki a sorokból, ám a bemutatási kötelezettségre utalnak a következők: hacsak nem közöttük él, és a nép választja (*... sit infra eos residens, et ipsum populi eligant...*). Ugyane cikkelyben kiköti, hogy tisztséget a „szebeni megyében” (*in comitatu Cybiniensi*) pénzen vásárolni senki se merészeljen. Ekkor még nem dönt el, hogy milyen igazgatási rendszerben fognak élni. A *comitatus* szó arra utal, hogy a király kezdetben önálló megyét kívánt szervezni nekik. A szabad tisztségviselő- illetve bíróválasztással együtt jár a törvénykezés, azaz igazságszolgáltatás szabadsága, ami ugyancsak jelen van a cikkelyek között, amely szerint felettük saját bírójuk ítélezhet, és csak akkor idézheti őket bárki a király elé, ha saját bírójuk nem tud az ügyben dönteni (*...nec eos etiam aliquis ad praesentiam nostram citare praesumat, nisi causa coram suo iudice non possit terminari.*)

A cikkelyben a fellebbezési formák (király, szebeni ispán) mellett arról is szó esik, hogy ha – nyilván megegyezés nyomán – más bírói fórum elé járulnak, akkor sem szabad rájuk csak a szokásos bírságot kiszabni. Ez utóbbi rendelkezés már az eljárásjog területéhez tartozik, amint a következő is, amely szerint pénzbeli ügyben tanúkat csak saját vidékükéről állíthatnak, mivel őket a király

mindenki másnak a joghatósága alól kivette. Ha a rendelkezés hatályát nem szűkítjük le az abban szó szerint leírt pénzügyekre (*causa pecunialis*), hanem kiterjesztjük azt vagyoni jogi ügyekre, amire lehetőséget ad számunkra egy, igaz, későbbkori oklevélbeli megállapítás, akkor a rendelkezés a szászok helyzetének az őket körülvevő hűbéres világtól eltérő magánjogi állásának elismerését fejezi ki. Számunkra csak így van értelme e cikkely bekerülésének a privilégiumlevélbe. Jelen esetben tehát nemcsak az adóssági és zálogügyekre valamint a hozzájuk hasonló jogügyletekre gondolunk, hanem az adásvételekre valamint az örökséggel összefüggő bírósági ügyekre is. A helyi tanúk állítása csak így kap értelmet. Olyan emberek állító vagy tagadó szavára volt szüksége a bíróságnak, akik ismerték a helyi jogot, a szokásjogot. E tekintetben hasonló módon rendelkezik a Budai jogkönyv 203. artikulusa, amelynek első mondata így szól: „Idegeneknek oklevelekkel, tanúkkal való tanúskodását budai polgárok ellen ne fogadják el.” Maga a rendelkezés és jogelv ismert volt a középkorban, megtalálható a freiburgi jogkönyvben, I. Albrecht herceg 1296. évi, a bécsiek számára adott kiváltságlevelében és az 1244-ben IV. Béla a király által a budaiaknak adott privilégiumlevelében.

A szabad bíróválasztás mellett a szabad plébánosválasztás jogát is elnyerték a Dél-Erdélyben élő németek azzal, hogy a plébánost be kell mutatniuk. A szakirodalomban vita alakult ki afelől, hogy a szabad plébánosválasztás jogát a magánegyházak kegyurainak plébánosállítási jogából lehetséges e levezetni, vagy pedig a magyar király főkegyúri jogából, amelyet mint Szent Istvánnak, a magyar egyház alapítójának az utódai gyakoroltak Magyarországon. Dietrich Kurze hosszú tanulmányt szentelve a kérdéskörnek Timon Ákos nyomán és azon gyűjtés alapján, amelyben a királyi adományleveleket vizsgálta e szempontból, arra a következtetésre jutott, hogy esetünkben az utóbbi elv érvényesült. Eszerint tehát nem mint magánföldesúrtól és kegyúrtól kapták a jogot, ami subpatronatust jelentett volna, hanem az uralkodó, II. András a királyi hatalomhoz tartozó jogot engedte át a német hospeseknek. A plébánost be kellett mutatniuk, azaz praesentálniuk kellett az erdélyi püspöknek, ami Magyarországon bevett szokásként élt. Ezzel az aktussal, biretumot fejére téve vette be a püspök a megválasztottat egyházmegyéje papjainak coetusába.

A plébános exemptio-t élvezett, azaz kiemelték a főesperes joghatósága alól, továbbá a város vagy község lakói neki fizették a tizedet, amely ókori eredetű egyházi adó, Magyarországon Szent István mint egyházalapító vezette be, kezdetben rajta a püspök és a plébános osztozott, az utóbbiak a tized negyedét kapták, később a főesperesek is részesedtek belőle a plébánosok rovására. A tized, amelyet az egyháznak, azaz mindenhol a mindenkori plébánosnak kellett begyűjtenie, beszállítása sem terhelte az adófizetőt, átengedése jelentősen megerősítette a plébános anyagi helyzetét, amit tovább javított a stólapénzből befolyt jövedelem, valamint a kegyes adományokból származó bevétel, illetve ingatlangyarapodás. Hogy ez a népesebb helyeken nem lehetett kevés, azt Buda város jogkönyvének 308. artikulusa mutatja, amely szerint egy éven belül érté-

kesíteni kellett az esetleges értékvesztés miatt azokat az ingatlanokat, amelyeket végrendeletben az egyházra hagytak. Az egyház kezén lévő ingatlanokat viszont nem lehetett értékesíteni, csak a tanács tudtával és beleegyezésével (373. sz.), mert az Istennek ajánlott dolgoknak őt kell szolgálniuk. Saját plébániájának jóvedelme felett maga a tanács örködött Budán, ugyanis a plébános az adók nem fizetése esetén a bíróhoz fordulhatott azok behajtása érdekében (249. sz.). Nem lehetett ez másként a szászok esetében sem. A városi plébániák, amelyeknek vezetői kiemelt helyzetbe kerültek, jól jóvedelmező stallumokhoz jutottak, ám az átlagos műveltségű plébánosoknál nagyobb műveltséggel kellett rendelkezniük, továbbá tartoztak kánonjogi jártasságra szert tenni, hogy hivatalukat elláthassák.

A szászoknak adott közjogi kiváltságok között befejezésül az önálló pecsét-használatot említjük meg, amely biztosítéka volt annak, hogy közösségük önálló jogi személyként léphessen fel. A későbbiekben ennek nyomán alakulhattak ki a székek és az egyes szász városok pecsétjei, amelyek lehetővé tették az önálló városi kancelláriák működését, amelyek segítették a bíróságok törvénykezési munkáját és kiszolgálták a helyi igazgatás valamint a polgárok igényeit, továbbá a tanács hiteleshelyi tevékenységét.

A gazdasági jellegű kiváltságok közül a legfontosabb a felmentés a vámok fizetése alól. A király a szászoknak teljes vámmentességet adott. Kereskedőik szabadon vihették áruikat, és térhettek haza a vásárolt árucikkkel. A megleghezősen rövid cikkelyt egy 18. századinál korábbi magyar fordítása értelmezi is, amely szerint a vámok, a harmincad – a vásárjövdelem királyi párnak járó hányada – és egyéb adók fizetése alól mentesek, sőt akármelyik piacon vagy vásáron kirakodhatnak, és semmit sem kell fizetniük. Természetesen azokon a vámhelyeken, amelyeket már a királyok korábban, az Andreanum kibocsátása előtt eladományoztak, és magánkézben voltak, a szász kereskedőknek vámot kellett fizetniük, mert ezekre nézve a király már nem rendelkezhetett. A német hospeseknek a gazdasági erejét és fejlettségét, iparuk és kereskedelmük élénkségét fejezi ki e cikkely, ebből fakadt ugyanis, hogy bevetették kiváltságlevelükbe a vámszabadságról szóló szabályt, amelyet a legtöbb etnikai autonómiát megalapozó privilégium nem tartalmaz.

A gazdasági kiváltságok közé tartozik az apró só szabad beszerzésének a lehetősége, amely jog az etnikai kiváltságokkal rendelkező csoportokat általában szintén nem illette meg. Ezen időszakban az egyháziak kaptak csak előjogokat a sókereskedelemben kapcsolódásra. A német hospesek viszont Szent György, Szent István és Szent Márton napja táján; tehát tavasszal, nyáron és ősszel nyolc napra terjedően apró só szerzésére és annak szabad, vámmentes hazaszállítására kaptak lehetőséget a királytól. Az apró só bizonyára nem a darabos, hanem a hordóban szállított ún. mosott sót jelentette.

A kiváltságok fejében szolgáltatásokkal tartoztak. Csak a kamarahaszna adójaként, amely a királynak a pénzverésből származó bevétele volt, a régebbi érmék újra cseréléséből származó jövdelem, 500 márkát kellett fizetniük

évente, mégpedig IV. Béla király ezüst márkájának megfelelő értékben, amely 4,5 szebeni félfertót ért, amely lemérve nem térhetett el a kölni dénár súlyától. A Magyar Királyság bevételei között jelentős, nagy summát tett ki ez az adó, amelyet mindenkinek fizetnie kellett. A szászok gazdasági erejét tükrözi az adó nagysága, és rétegezettségüket mutatja, hogy a bárminemű telekkel és azzal nem rendelkezőknek egyaránt fizetniük kellett ezt az adónemet, kivételt csak kifejezetten az eme adó fizetése alól felmentettek élveztek. Az adónak az egyes településekre, azon belül az egyes személyekre, illetve családokra kivetése már a szászok feladata volt, és nyilván segédkeztek a király kiküldötteinek az adó beszedésében, ami a közösségi életük jól szervezettségének a bizonyítéka. Természetesen a rendes földesúri adókat is tartoztak fizetni, amelyek beszedésére a király külön adószedőket küldött ki. Azt is elrendelte, hogy az adó beszedőinek a költségeikre naponta három lat ezüstöt fizessenek. Arról nincs hírünk, hogy a földadót (terragium) és az egyebeket fejenként vagy egy összegben fizették-e az Andreanum idején.

Súlyos terhet jelentett a descensus, a szállás-adó, amelyet a királynak illetve fő tisztségviselőinek, valamint kíséretüknek teljesítettek, amikor valamilyen hivatalos ügyben, illetve hadi esemény előfordulásakor az illető területen jártak. Ez az állami adófajta a szállásadás mellett a jövevények élelmezését is jelentette. Tőle éppen a 13. században igyekezett megszabadulni az, aki tehette. A szászoknak ez nem sikerült teljesen, de korlátozni tudták az alkalmakat. Az Andreanum értelmében a királyt és kíséretét háromszor, a vajdát pedig, ha a király ügyében járt, két alkalommal, oda- és visszaérkezésekor voltak kötelesek ellátni élelemmel és szállással.

A szászokra a dél-erdélyi határok őrizetét bízta a király, ezen felül azonban tetemesen terhelte meg őket katonai feladatokkal. Ha a király az országon belül hadba vonult, 500 vitézt tartoztak kiállítani, ha az országon kívülre ment, 100 katonát tartoztak adni, ám ha a király egyik főtisztje vezette ura megbízásából a sereget, csak 50 katona állítására kötelezték őket.

Amint a fentiekből látjuk, az erdélyi szászok az Andreanumban a korban adható összes szabadságjogot megszerezték, a legteljesebb szabadságot kapták. Mindezt azonban súlyos adóterheket rótt rájuk a király, amit azonban teljesíteni tudtak, és közben szépen gyarapodtak népességszámban és gazdagságban egyaránt. A szász földön lakók száma a 13. század első harmadában éppen az állítandó katonák mennyiségéből következően mintegy 10 ezerre tehető, leg-gazdagabbjaik, a gerébek közül pedig nem egy a későbbiek során a magyar nemesség sorába emelkedett.

Mint említettük, az Andreanum nem született előzmények nélkül. Elsősorban a német szakirodalom egy korábbi, még II. Géza király uralkodása alatt keletkezett Geysaneumot emleget, és mi is valljuk, hogy a magyar király és a leteleplők között szóbeli megállapodás bizonyára született, amelynek pontjai életkereteiket meghatározták. A német telepesek számára korábban juttatott kiváltságokról dokumentumok szólnak. II. András király Krakko, Chrapundorf

(Magyar-Igen) és Rams (Romosz) telepeseinek adott kiváltságokat 1206-ban. Bíróikat és papjaikat szabadon választhatták, mentesítette őket a vajda beszállásolásától, kivéve ha maguk vendégelik meg, és lehetővé tette számukra, hogy adójukat közösen fizessék, továbbá állataikat az erdőkben szabadon legeltethették. Ennek fejében az adófizetés mellett a határ őrizetét tartoztak ellátni, és ha a király személyesen hadba vonult, nekik is menniük kellett.

Bár egészen más szervezetről van szó, mégsem kerülhetjük el a német lovagrendnek adott kiváltságok megemlítését, mert később az Andreanumba bekerült kiváltságok sorában a lovagrendnek nyújtottak közül nem egyet megtalálunk. Annak fejében, hogy határvédelmet láttak el, és várak emelésére kötelezték őket a kunok támadásai ellen, továbbá a Barcaságot, a ritkán lakott területet (desertumot) betelepítik, 1212-ben megkapták a fentebb említett kiváltságokat, 1213-ban pedig, amikor területüket kiterjesztették, és a pénzváltókkal szemben a király védelmébe vette őket, Vilmos erdélyi püspök kivéve a területükre betelepülő magyarok tizedeit lemondott javukra a tizedszedés jogáról. 1222-ben az uralkodó vámmmentességet adott nekik, és a területükön lakó összes népet alájuk rendelte. Ez utóbbi jogintézmények véleményünk szerint, mintáját képezték a két évvel később az Andreanumba került kiváltságoknak, és így hozzájárultak a századoknak adott területi etnikai autonómia kialakításának lehetőségéhez, amely a korábbiakhoz képest minőségében mindenképpen újat hozott számukra. A korábbiakkal szemben mint önálló népcsoport (etnikum) kiterjedt területre szabott autonómiát nyertek el a királytól. Az Andreanum egyúttal példaként szolgált más etnikai autonómiák létrehozásához.

A magyar királyoktól kapott etnikai autonómiával rendelkező népek közül, akikre kiváltságaik megszerzésekor hatott az Andreanum példája, a székelyeket említjük meg. A 9. században a magyarokhoz csatlakozott lovasnomád nép a magyarokkal együtt mint katonai segédnép érkezett a Kárpát-medencébe, ahol a 10-12. században a korabeli magyar állam szélein éltek, Pozsony, Sopron, Zala, Baranya, Ugocsa, Szabolcs és Bihar megyékből maradtak fenn rájuk vonatkozó adatok. A határőrizetet ellátó szabad népelemek életében a 12 század során változások álltak be, mivel a határvárispánsági szervezet megszűnt, és e népeket a várispánsági szervezetbe osztották, amely változás szabadságuk jelentős csökkenésével járt. Ekkor kelhettek útra az első székely csoportok kelet felé, a még szabad, lakatlan területekre, másik részüket pedig a király telepíthette át, amikor a nyugati határ mentén megszűnt a veszély, keleten pedig a kunok és más pogány népek becsapásai és a Bizánccal kiéleződött helyzet miatt egyre több határőrre volt szükség. Erdélyben, a Kárpátok mentén fekvő területet a királyok ekkor szervezték védelmi övezetté éppen a szászok és székelyek betelepítésével.

Máig nem eldöntött kérdés, hogy a székelyek vagy a szászok telepedtek-e be előbb Dél-Erdélybe. A magunk részéről Kristó Gyula legújabban kifejtett álláspontját elfogadva úgy véljük, a II. Géza király idején érkező szászok megelőzték a székelyeket, akik már 1199-ben Dél-Erdélyben tartózkodtak, mert ekkor

erősítette meg III. Ince pápa tisztségében a kézdi főesperest, akinek székhelye ekkor még (Szász)-Kézden volt, ahonnan – a helynevet is magukkal vitték – került át a székelyekkel együtt a Háromszéki medencébe. Beköltözésük a 12-13. század fordulóján, vagy a 13. század elején következett be, és szervezeti kereteiket a király hozzávetőlegesen a szászokéval egy időben alakította ki. Amíg a szászok élére a szász ispánt, addig a székelyekére a székely ispánt állította. Az Andreanumban körülhatárolta a szász territóriumot, ugyanekkor a székelység területének magva a későbbi Maros- és Udvarhelyszék lehetett. Az e vidéktől keletre és dél-keletre fekvő magashegyi zónát a 13. század végén és a 14. század elején szállhatták meg a Szászföldről érkező székelyek, a főként állattenyésztésből élő szabad katona népelem, amely adóját állatokkal, mégpedig ökrökkel róttá le a király számára.

A székelyek archaikus társadalmi keretek között éltek, amelynek meghatározó eleme a személyes szabadság és a közös tulajdon volt, amelyek alapjául a katonai (hadi) kötelezettségük szolgált. Nem rendelkeztek olyan kiváltságlevéllel, mint az Andreanum, társadalmi állapotuk és írásbeliségük korántsem fejlődött ki annyira, hogy ennek szükségét érezték volna. Zárt közösséget alkottak, a földjüket közösen birtokolták, és azon elsősorban a vérségi-nemzetségi kötelékeken alapuló szokásjog szerint éltek, és a vajda hatalma alól mentességet élveztek. Saját birtokuk csak a Székelyföldön kívül lehetett, amelyekkel azonban szabadon rendelkeztek.

A szászok és székelyek szabadsága teljesen más gyökerekből nőtt ki, alapja azonban egy volt, a katonai, hadi szolgálat. A két népelem szabadságai között több hasonlóság fedezhető fel. A székelyek területére, amint a szászokéra sem telepedhetett be senki, ha ez megtörtént valamilyen adományozással, akkor tiltakozhattak a király előtt, amint ez 1324-ben történt. Zárt közösségüket a szászokéhoz hasonlóan egyetemnek, universitasnak nevezték. 1298-ban a székely nemesek közösségként szerepeltek, 1299-ben közösen léptek fel egy embe-
rölési ügyben.

Igazgatási szervezetük kezdetben, amint a szászoké is a megyerendszer felé mutatott. Élükön ispán, a székelyispán állt, akinek nevével 1235 után újra csak 1291-ben találkozunk, ám az utána következő időben rendszeresen. A rájuk vonatkozó rendkívül ritka adatokból 1319-ben kiderül, hogy Tamás székely ispánnak 1319-ben telegdi albírája, azaz alispánja volt, aki egyúttal a mentői várnagy tisztét is ellátta. A csíki székelyek élén 1324-ben hadnagy állt, akinek a tisztségét várispánsági minta alapján szervezhették meg, és elnevezése a székelység katonai jellegű szervezetségére utal. A székely területi igazgatás azonban a későbbiekben éppen a szász minta nyomán a szérendszer felé vette az irányt, és a hét szék kialakulásával hosszú időre nyugvópontra jutott. Amint a fentiekből kiderül, a székely és szász kiváltságok között számos hasonlóságot találhatunk, hiányoznak azonban a gazdasági szabadságjogok – amelyek a kereskedelemre terjedtek ki – a székelyek kiváltságainak katalógusából, amelynek legfőbb oka az, hogy a szászokénál fejletlenebb, illetve más jellegű gazdasági

viszonyok között éltek. Feltehetően nem fukarkodott volna a magyar király e jogok megadásával sem, ha a székelyek ezeket igényelték volna.

A 13. században kiváltságokat kapott népek közül meg kell említenünk a jászokat és a kunokat, mivel szabadságaik számos rokon vonást mutatnak a szászokéval. Az alán eredetű jászok és a kunok, akiknek őstörténete homályba vész, a tatárjárás előtt érkeztek Magyarországra. Az előbbieket betelepedésének ideje nem adatolható pontosan, az utóbbiak két hullámban érkeztek, az 1220-as évek második felében egy, majd egy évtizeddel később egy újabb csoport. E helyen nem célunk magyarországi elhelyezkedésük, és történetük részletes leírása, csak annyira figyelünk rájuk, amennyire a jogtörténeti fejtegetések megkívánják. Mindenekelőtt megjegyezzük azt, hogy a két nép, a mintegy kétszázezerre tehető kunság és a jóval kisebb lélekszámú jászság kiváltságainak alapja, éppen úgy mint a szászok és székelyek tekintetében, a királynak nyújtott hadi szolgálat volt. A jászok esetében mindez világosan látható azon 1323. március 8-án I. Károly király által Zokan fia Larzan és társai nemzetsége számára kiadott oklevélből, amelyben a király kiemeli őket és utódaikat Keuerge fiainak és másoknak az uralma és joghatósága alól, és a királynak katonai szolgálatot teljesítő jászok sorába emeli őket. Megengedi továbbá számukra, hogy kapitányaikat és bíráikat a királyhoz hű személyekből szabadon válasszák.

Az oklevél néhány sora felfedi számunkra a jászság korabeli társadalmi és jogi helyzetét. Még fennállt náluk a nemzetségi alapon szervezett társadalom, hiszen egy nemzetség kapta a kiváltságot, amely katonákat állított ki saját nemzetségbeli vezető, a kapitány parancsnoksága alatt, és a törvénykezés alsó szintjén ugyancsak a nemzetség tagjai sorából választott bíró ítélkezett felettük. Ugyanakkor már megvolt a jászság között a társadalmi tagozódás, kialakult az egymás alá és fölé rendelték rétege, hiszen az említetteket szolgálai, bizonyára jobbágyi sorból emelte fel a király a hadi szolgálatot nyújtó jászok közé. Az 1323-as oklevél bepillantást nyújt a jászoknak már jóval korábban adott csak minden bizonnyal nem írásban lefektetett kiváltságaik és kötelezettségeik közé, amelyek életük közjogi kereteit adták, és egyúttal meghatározták a szokásjogban megnyilvánuló magánjogi viszonyaikat is.

A kunok esetében hasonló helyzettel állunk szemben. Magyarországi történetük viharosnak mondható fél évszázada után az 1279-ben kiadott második kun törvényből ismerhetjük meg jogállásukat. Ők ebben az időben még ugyancsak a nemzetségi szervezet által meghatározott formában éltek, nemzetségek és azon belül nemek és ágak szerint, azonban társadalmi tagozódásuk előrehaladt állapotban volt. A IV. László király által kiadott kun törvények az Andreanumhoz hasonlóan rögzítették a hét, más forrásokban hatnak (Borcsol, Olás, Csertán, Iloncsuk, Kór és Köncsög) mondott nemzetség (generatio) szárláshelyét. A magyarországi hely- és személynév anyagban még további kettő, a Kongrolu és a Baraq fordul elő, amelyek a kipszak törzsnevekkel egyeznek, ami arra utal, hogy az eredeti kun törzsek töredékei érkeztek az országba.

Szálláshelyüket a kun törvény a Duna és a Tisza vagy a Körös folyó mellett vagy a Maros és a Körös folyók között vagy ugyanannak a folyónak mindkét partján vagy a Temes és Maros folyók között vagy ezek környékén jelölte ki. Ahol a szolgálonépek és az örökös nélkül elhalt nemesek földjeit is ők kapják a településeik határain belül. Továbbá a király nekik adományozta a nemesek és várjobbágyok e területen fekvő üres, tehát nem lakott és művelt földjeit, amelyekért azonban igazságos árat vagy megfelelő cserét fog adni. Mindezeket a kunok egymás között osszák szét mindenkinek a képessége, milyensége vagy jogi állapota szerint, rendelkezik a király. Az ott élő nemeseket és várjobbágyokat pedig meghagyta birtokaikban. Jelen esetben IV. László király a felmerülő viták elkerülése érdekében éppen úgy körülhatárolta és rögzítette a kun szállásterületet, mint jó ötven évvel korábban II. András tette azt a szászok esetében. A későbbiekben természetesen mindkét helyen számos változás következett be a kijelölt területben. Mindenesetre a két, egymástól időben távol álló rendelkezés azonos szemléletről árulkodik.

A törvény rendelkezik a kunok törvénykezésének formájáról, amely szerint a kunok főbírája a nádor, amint ezt már IV. Béla király eldöntötte, ahová az egyes nemzetségektől fellebbezni lehetett, ha a nemzetségi bíró döntését a felek nem fogadták el. A nádor mellett a nemzetség választott bírójának, vagy egy főembernek ott kellett ülnie, nyilván azért, mert ők ismerték a fennálló helyzetet és a szokásjogot. Nélkülük a nádor nehezen tudott volna helyesen dönteni. A cikelyből az is kiderül, hogy a nemzetségi bíró mellett egy másik vezetője is van a nemzetségnek, mégpedig katonai, amint ez később a kunok letelepedése után a székek esetében lesz, akinek a szerepe hasonló a székelyek hadnagyaiéhoz, és mint a hatalom fő birtokosa ő is részt vesz az ítélezésben.

A két kiváltságolt népelem szabadságai megszerzésének ideje között nemcsak az időpontot, hanem a módot illetően is különbség van. Amíg a szászok egy privilégium levélben nyerték el azokat, addig a kunok a fentiekén túl számosat később neveztek meg. Csak később nyerhették el a szabad plébános választás jogát, hiszen a kun törvény idején még a kereszténység felvétele volt a számukra kitűzött feladat. Azt csak 1512-ben nyerték el II. Ulászló királytól. A vámszabadsághoz korábban, a 15. században (1407, 1447) jutottak, ami feltehetően összefüggött állattenyésztő gazdálkodásukkal, ugyanis a fellendülő nagyállat-kereskedelem indíthatta őket a jog megszerzése érdekében tett lépésekre. Tehát az idők folyamán a kunok és jászok, mint katonai szolgálatot teljesítő nép, megszerezték azokat a kiváltságokat, amelyeket a szászok kaptak az Andreanumban, csak jóval hosszabb idő alatt nyerték azokat el, mint az előbbiek.

A magyar királyoknak az országnak a Dunától keletre eső területein az egész középkor idején nem sikerült olyan állandó keretek között megszervezniük az egységes igazgatást, mint a nyugatin. Az említetteken kívül ugyanis az ország északkeleti részén szintén éltek olyan népelemek, mint a szepességi szászok és

a lándzsásnemesek, akik a fentebbiekhez hasonló kiváltságokkal éltek, és nem tagolódtak be a megyerendszer szervezetébe.

A szepességi szászok részben a tatárjárás (1241–1242) előtt, részben utána érkeztek a nekik adott területre, a Szepességbe. Több helyről toborzódtak, de mivel a városaikban később főként a magdeburgi jogot használták nagyobb részük Szászföldről érkeztetett, véleményünk szerint Lengyelország felől a Kárpátok hágóin és szorosain átkelve. Az ő jogaikat és kötelezettségeiket ugyancsak később, egy emberöltő után, 1271-ben foglalta írásba V. István király (1270–1272), amelyet I. Károly király 1317-ben módosított és erősített meg. Privilegiumaik közé tartoztak a szabad bíró- és plébánosválasztás mellett a szabad vadászati, halászati és bányászati jog. A királynak 300, I. Károly király idejétől 1200 márka évenkénti összeget fizettek. A terragiumon kívül minden adó alól mentesültek. A szepességi szászok, ha hadba vonult, 50 lándzsást küldtek a király seregébe, azonban ennek ellenére az ő feladatuk nem elsősorban a honvédelem, hanem a bányászatban szerzett jártasságuk hasznosítása fontos volt a király számára. Később, 1344-ben fordul elő a szász közösség (*communitas*) fogalma, amelyet a 24 szepesi város és a hozzátartozó községek alkottak. Rajtuk kívül is éltek szászok a Felvidéken, földesúri joghatóság alatt, azonban ők nem élvezték a szepesi szászok közösségének az előjogait.

A magyarországi kiváltságolt népelemek számbavétele és jogállásuknak a szászokéval való összevetése során számba vesszük az ugyancsak a Szepességben élt lándzsásnemességet, akik mint határőrök jutottak ezen funkciót betöltő társaikhoz hasonló kiváltságokhoz. 1243-ban nyert privilegiumlevelükben a szabad bíróválasztást szervezték meg és a női ágnak a fiúéval azonos öröklési képességét. A megye joghatósága alól kiemelten éltek, törvénykezési és igazgatási ügyeik intézésére székeket szerveztek. Kezdetben személyesen tartoztak hadba vonulni, a tatárjárás után már csak tíz lándzsás vitéz adására kötelezte őket a király. Innen tízlándzsás (*nobiles sub decem lanceis constituti*) elnevezésük. Kiváltságaikat a fent említettekhez hasonlóan a polgári kor beköszöntéig megőrizték.

A besenyők, a kipszak török nyelvű nép töredéke II. István király uralkodása (1116–1131) idején kért és nyert bebocsátást az országba. Kezdetben feltehetően határőr szerepet kaptak – az Andreanum is megemlékezett róluk – később az ország belsejében (pl. Csanád, Tolna megye) bukkannhatunk nyomaikra. A róluk fennmaradt csekély forrásanyag alapján úgy tűnik, jogállásuk hasonló lehetett a kunokéhoz. A nádor alá tartoztak, ők is önálló törvénykezési joggal rendelkeztek, ismert a besenyők *curialis comese* és 1347-ből ispánjuk, aki ítélkezik felettük. A kis számú népelem önállósága és kiváltságaik a 15. századra megszűntek, vezetőik a nemességbe, az alsóbb rétegek a jobbágyságba és az illető megyék valamint uraik joghatósága alá kerültek.

Az Andreanumot, miként a többi kiváltságlevelét és a bennük lefektetett jogokat mintegy „körbefolyják” azok a jogintézmények, amelyeket a privilegiumok nyomán alakítottak ki, illetve szerveztek meg. Ezek rendszerében valósul-

nak meg és kelnek életre a papírra vetett jogok és kötelességek. Az autonómiát biztosító szabadságjogok gyújtópontjában a törvénykezés önállósága helyezkedik el. Éppen ezért tárgyaljuk e dolgozat befejező részében a szász igazságszolgáltatás formáját, összehasonlítva azt más kiváltságolt népelemek törvénykezési rendjével.

A bíraskodást a Szászföldön annak területi felosztása szerint szervezték meg. Az Andreanumban a Királyföldre kiterjesztett jogot később elnyerték más szászok által lakott területek: Brassó vidéke, a Barcaság és Beszterce vidéke. A falusi illetve a városi bíraskodástól eltekintve az erdélyi szászok első bírósági fóruma a szék volt. Elnevezése a bírói székből alakult ki. A hét szász szék – amelyhez utóbb még kettő Medgyes és Selyk csatlakozott – népének bírói fóruma azon szék bírái voltak, amelyhez területileg tartoztak. Mindegyik székek külön székbírája (judex terrestris, Stuhlrichter) és kezdetben a király által kinevezett királybírója (judex regius) volt, aki elsősorban a büntető bíraskodás feladatát látta el. Ez utóbbiak Szent László király (1077–1095) idején létrehozott bírói fórumok. A királybírák jogintézménye az ország nagy részén megszűnt, a szászok és székelyek között azonban fennmaradt.

Idővel kialakultak a fellebbezési fórumok, létrejött a szász bíraskodás rendszere. A székbíró mellett a fontosabb ügyeket a székgyűlés elé vitték, amelyet rendszerint évente négyszer hívtak össze a szék alkalmas helyére, ahol az ülésen a királybíró elnökölt, és amin minden szabad polgár megjelenhetett. A bírák, az esküdtek és az ún. seniores (Altschaft) részvétele kötelező volt. Zsigmond király (1387–1437) uralkodásának idejétől e szerepet a székben lévő város polgármestere és tanácsa vette át. A székek bírósága felett a hét bírák széke állt, a legmagasabb bírói fórumot pedig a hét szék együttes ülése, a szász nemzeti közgyűlés alkotta, amelyen a szebeni királybíró elnökölt. A Szebenben tartott ülésen a polgármesterek, székbírák, királybírák és esküdtek mellett a székek küldöttei voltak jelen. A szász bíróságoktól az erdélyi vajdához nem, csak a királyhoz lehetett fellebbezni. A szászok esetében tehát teljes törvénykezési autonómia valósult meg.

A székelyek a székek rendszerét – mint említettük – minden bizonnyal a szászoktól vették át. Róluk a kevés fennmaradt adat következtében szerény ismerettel rendelkezünk. A katonai rendben élt székelyek élén minden székben a hadnagy (maior exercitus), később kapitány állt, továbbá a királybíró (judex regius) mint főbíró (summus judex). Létezett alárendelt bíró is, a judex terrestris. A két tisztséget csak lófő (primipilus) láthatta el. E bírókat évenként választották. A székek számára a jelentősebb ügyekben a székely ispán ítélkezett a fentiekkel, és tizenkét választott személlyel, amint az 1555. évi székely konstitúciók említik, mint régi szokást. A székektől mint főszékhez, Udvarhelyhez lehetett fordulni, onnan a székely ispánhoz és végül a királyhoz. Egy ideig a székely nemzet közgyűléséhez szintén folyamodni lehetett, ám rendszertelenség miatt ez a fórum megszűnt. Úgy véljük, a szász és székely bírósági fórumok

közötti hasonlóságok, a meglévő különbségek mellett is, önmagukért beszélnek, és az autonómia kifejezői.

A nemzetségi szervezetben élt kunok felett a nemzetségi bírák törvénykeztek, letelepedésük után (15. század) az ő területi szervezetük szintén kialakult. Kisebb egységeik, azaz településeik, a szállások mellett kialakultak a szászokhoz és székelyekhez hasonlóan a székek. Részint egyes nemzetségek utódaiként keletkeztek, részint egy-egy család birtokszervezete adta meg a székek kereteit. A székek élén a székelyekhez hasonlóan a kapitányok (capitanei) álltak, akik a székbíróval együtt bíráskodtak. Kisebb ügyekben a szállásbírák jártak el. A kutatás hat szék nevét és helyét tárta fel. Létükről és tevékenységükről kevés feldolgozás született. Hasonló módon szerveződtek meg a jászok. Mindkét népelem felső bírójaként a nádort tisztelhetette, aki azonban e tisztségét általában helyettesekkel töltötte be, ők azonban általában nem az egész kunság, hanem csak annak egy része számára tartottak bírói széket.

A szepességi szászoknak szintén biztosította a király az önálló törvénykezés jogát (1271), jóllehet az eltért az eddig leírtakról. A szepesi szászok tartományában (provincia Saxonum de Scepus) vagy földjén (terra Cypsiensis) az elsőfokú bíróságot a községek, illetve a városi bíróságok tartották. A községek-ből ahhoz a városhoz fellebbezhettek, amelyhez tartoztak. Az említett bírók különböző számú esküdtel ítéleztek. A városoknak fellebbviteli fóruma, főképp büntetőhatósága a szász ispán és annak a 24 szász város bíráival tartott bírósága volt, amely üléseit Löcsén tartotta. Súlyosabb esetekben a szász ispán a megyéispánnal együtt ítélezett. Az ugyancsak a Szepességben élt lándzsásnemesek területi közigazgatási beosztásuk szerint szintén székekre tagolódtak, és saját maguk választották bíróikat, ispánukat, alispánukat továbbá szolgabíráikat. A Szepes megyei ispán IV. Béla király 1243. évi kiváltságlevele szerint csak tolvajlás, pénz- és tizedügyekben ítélezhetett felettük.

Amint a fentiekből láttuk, a Magyar Királyság a 13. században alkalmasnak bizonyult arra, hogy a területére érkező népeket az általuk hozott közjogi és magánjogi normákat elismerve fogadja be. A bevándorlók egy része városi polgár lett, és személyükhöz illetve közösségükhöz tapadó joguk városi joggá fejlődött. Számos más csoport azon a területen, amelyen élt, privilégiumlevelekben lefektetett kiváltságait etnikai autonómiává fejlesztette. A király által elismerhető és adható jogok között a szabad bíró- és plébánosválasztás az autonómia alapja volt, amelyre épült a törvénykezés szervezete. Az egyes népelemek társadalmi fejlettségi szintjüknek megfelelően alakították ki katonai, igazgatási és törvénykezési szervezetüket, amelyek sok tekintetben hasonlítottak egymáshoz, és egyúttal lényeges különbségeket mutattak. Az erdélyi szászok például egy privilégiumlevélben kapták kiváltságaikat, a kunok pedig az idők folyamán gyarapították azokat. Hogyan kaphattak volna például plébánosválasztási jogot, amikor a kun törvények idején kezdődött katolikus hitre térítésük. Vámkiváltságokra pedig akkor lett szükségük, amikor árucikkük, a szarvasmarha keresetté lett a piacon.

Az etnikai autonómiát nyert népek területi tagolódása és törvénykezési formája a szérendszerben valósult meg. Ez nemcsak önállóságukat biztosította, hanem a szokásjog világában élő középkori ember számára csak így valósulhatott meg az igazságszolgáltatás, mert e népek között a magánjog (öröklés-, család- és vagyonjog) területén sajátos, csak az illető népcsoport által ismert normák szerint ítélezhettek. A mai ember számára mindenképpen bölcsnek tűnő uralkodói döntés tehát szükségből is fakadt. A kiváltság fejében a mindenkori uralkodó elsősorban katonai, hadi szolgálatot kívánt, ami mindegyik népelem esetében helyzetétől függően az adók mellett kisebb vagy nagyobb mértékben megtalálható a kötelezettségek között. A 13. században keletkezett kiváltságlevelek óriási jelentőségét az adja, hogy a bennük lefektetett normák szerint a 19. század utolsó harmadáig, mintegy 600–650 évig – ha némi változás és módosulások közepette – éltek az említett népek. A 780 éve kiadott Andreanum kiemelt jelentősége pedig ezen túlmenően abban áll, hogy a felsorolt kiváltságokat és kötelezettségeket elsőként és legteljesebb formában tartalmazza.

Irodalomjegyzék

- ALMÁSI TIBOR: *A tizenharmadik század története*. Bp. 2000.
- BENKŐ ELEK: A székelyek betelepülése Erdélybe. In: *Történelmünk a Duna-medencében*. Kolozsvár–Temesvár 1998. 50–65.
- BENKŐ ELEK: Erdélyi szászok. In: *Korai magyar történeti lexikon* (9–14. század) Főszerkesztő: Kristó Gyula. Szerkesztők: Engel Pál és Makk Ferenc. Bp. 1994. (továbbiakban KMTL) 618.
- CONRAD, HERMANN: *Deutsche Rechtsgeschichte*. Ein Lehrbuch. Bd. I. Frühzeit und Mittelalter. Verlag C. F. Müller. Karlsruhe 1962.
- DRASKÓCZY ISTVÁN: Das ungarländische Deutschtum im 15. Jahrhundert und am Anfang des 16. Jahrhunderts. In: *Die Deutschen in Ungarn*. Hrsg. von Georg Brunner. Südosteuropa-Gesellschaft. München 1989. 10.
- FEKETE NAGY ANTAL: *A Szepesség területi és társadalmi kialakulása*. Bp. 1934.
- FRANK GÁBOR: *Az Árpád-kor néhány kérdése az újabb német történeti irodalomban*. Egyetemi doktori disszertáció. Kézirat. Pécs 1988. 62–79.
- FÜGEDI ERIK: Befogadó: a középkori magyar királyság. In: *Történelmi Szemle*, 1979/2. 355–376.
- GÜNDISCH, KONRAD: Siebenbürgen und die Siebenbürger Sachsen. Unter Mitarbeit von Mathias Beer. *Studienbuchreihe der Stiftung Ostdeutscher Kulturrat*. 8. München 1998. 20–59.
- GYÁRFÁS ISTVÁN: *A jász-kunok története I–IV*. 1870–1885.

- GYÖRFFY GYÖRGY: A magyarországi kun társadalom a XIII–XIV. században (A kunok feudalizálódása). In: Uő. *A magyarság keleti elemei*. Bp. 1990. 274–304. Első közlés 1953.
- GYÖRFFY GYÖRGY: A székely társadalom. In: *Tanulmányok a parasztság történetéhez Magyarországon a 14. században*. Szerk.: Székely György. Bp. 1953. 104–116.
- GYÖRFFY GYÖRGY: A székelyek eredete és településük története. In: Uő. *A magyarság keleti elemei*. Bp. 1990. 11–42. (Első kiadása: 1941.)
- HAJNIK IMRE: *A magyar bírósági szervezet és perjog az Árpád- és vegyes-házi királyok alatt*. Bp. 1899. 104–110. 124–130.
- Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*. III. Hrsg. Adalbert Erler und Ekkehard Kaufmann. Erich Schmidt Verlag. Berlin 1984. F. Sturm. Personalitätsprinzip. F. Dolezalek: *Professio iuris*. 1587–1597. 2030.
- HANZÓ LAJOS: *Az erdélyi szász önkormányzat kialakulása*. Szeged 1941.
- HORVÁTH PÉTER: *Értekezés a kúnoknak és jászoknak eredetéről, azoknak régi és mostani állapotokról*. Bp. 1994. Első kiadása 1823. 120–122.
- JAKÓ ZSIGMOND: A székely társadalom útja a XIV–XV. században. In: *Székely felkelés 1595–1596. Előzményei, lefolyása, következményei*. Szerk.: Benkő Samu–Demény Lajos–Vekov Károly. Bukarest 1979. 19–34.
- KLEIN, KARL KURT: Geysanum und Andreanum. Fragmentarische Betrachtungen zur Frühgeschichte der Deutschen in Siebenbürgen. In: *Zur Rechts- und Siedlungsgeschichte der siebenbürger Sachsen*. Siebenbürgisches Archiv. Archiv des Vereins für Siebenbürgische Landeskunde. Dritte Folge 1971. (továbbiakban: Siebenbürgisches Archiv 8.) 8. 54–62.
- KLEIN, KARL KURT: *Saxonia Septemcastrensis*. Marburg 1971.
- KMTL 301–302, 383–385, 393–394, 618–619, 623–625. Koszta László: Jászság. Pálóczi Horváth András: Kun nemzetségek, Kunság, Kun székek. Zsótér Rózsa: Lándzsásnemes. Kordé Zoltán: Szászok. Kordé Zoltán: Székelyek.
- KORDÉ ZOLTÁN: A székelység története a szék-rendszer megszilárdulásáig. In: *A Kárpát-medence és a steppe*. Szerk.: Márton Alfréd. Magyar Őstörténeti könyvtár 14. Bp. 2001. 161–172.
- KRING (KOMJÁTHY) MIKLÓS: Kun és jász társadalmeelemek a középkorban. *Századok* 66. (1932) 35–63., 169–199.
- KRISTÓ GYULA: *Az aranybullák évszázada*. Bp. 1976.
- Kristó Gyula: A korai Erdély (895–1324). Szegedi Középkortörténeti Könyvtár 18. Szeged 2002. 157–172. 173–189.
- KUBINYI ANDRÁS: Zur Frage der deutschen Siedlungen im mittleren Teil des Königreichs Ungarn (1200–1541). In: *Die deutsche Ostsiedlung des Mittelalters als Problem der europäischen Geschichte*. Hrsg. Walter Schlesinger. Vorträge und Forschungen (Sigmaringen) 18. (1975) 527–566.

- KURZE, DIETRICH: Zur historischen Einordnung der kirchlichen Bestimmungen des Andreanum. Rechts- und Siedlungsgeschichte der siebenbürger Sachsen. *Siebenbürgisches Archiv*. 8. 133–161.
- MAKSAY FERENC: A szászság megtelepülése. In: *Erdély és népei*. Szerk.: Mályusz Elemér. Bp. 1999. 87–103. (Első kiadása: 1941.)
- MITTELSTRASS, OTTO: *Beiträge zur Siedlungsgeschichte Siebenbürgens im Mittelalter*. München 1961.
- MITTELSTRASS, OTTO: Terra syculorum terrae Sebus und der Sächsische Unterwald. *Siebenbürgisches Archiv*. 8. 111–134.
- MOLDT, DIRK: Unus sit populus et sub uno iudice [...] Bemerkungen zum „Goldenen Freibrief“ der Siebenbürger Sachsen. In: *Zeitschrift für Siebenbürgische Landeskunde* 22. (93.) Jahrgang (1999.), Heft 2. 197–216.
- NÄGLER, THOMAS: Die Ansiedlung der Siebenbürger Sachsen. *Geschichte den Deutschen auf dem Gebiete Rumäniens*. I. Bukarest 1979.
- PÁLÓCZI HORVÁTH ANDRÁS: *Besenyők, kunok, jászok*. 1989.
- RUSZOLY JÓZSEF: *Európa jogtörténete*. Bp. 1996. 30–31.
- SERVANTIUS, CARLO: Einige Beobachtungen, das Kirchenwesen Siebenbürgens im 13. und 14. Jahrhundert betreffend, und deren Bedeutung für die Herkunftsfrage der deutschen Siedler. *Siebenbürgisches Archiv*. 8. 227–236.
- STIPTA ISTVÁN: *A magyar bírósági rendszer története*. Debrecen 1998. 49–54.
- SZABÓ BÉLA: *Az 1583. évi szász Statutum*. (Kézirat.)
- TEUTSCH, GEORG DANIEL – TEUTSCH, FRIEDRICH: *Geschichte der Siebenbürger Sachsen für das sächsische Volk I–IV*. Köln–Wien. 1984. Első kiadása: 1907–1935.
- WAGNER, ERNST: Boralt und terra Daraus. Zur Ostgrenze des Andreanischen Rechtgebietes. *Siebenbürgisches Archiv*. 8. 70–79.
- WAGNER, ERNST: *Geschichte der Siebenbürger Sachsen. Ein Überblick*. Innsbruck, 1990.
- ZIMMERMANN, HARALD: *Siebenbürgen und seine Hospites Theutonici*. Köln–Weimar–Wien 1996.

LÁSZLÓ BLAZOVICH

ANDREANUM – THE LETTER OF PRIVILEGE OF
TRANSYLVANIAN SAXONS LIVING IN THE SYSTEM OF ETHNIC
AUTONOMIES IN MEDIEVAL HUNGARY

(Summary)

The Hungarian monarchy in the 13th century proved to be apt to accept in the people arriving at its territory recognizing their public and civil law norms. Some of the immigrants have become urban citizens (burghers) and the rights sticking to their person and community have developed into urban rights. Several other groups have developed their privileges included in letters of privilege into ethnical autonomy on the territories they used to live.

Among the rights that could be recognized and given by the king the free election of judges and parsons was the basis of autonomy on which the organisation of jurisdiction was built. Some groups of people have created their military ruling and jurisdiction according to their social development, these being similar in many ways and showing differences as well.

The territorial configuration and jurisdiction of people with ethnic autonomy concluded in the bench system. This insured not only their independence but it was the only way the organisation of justice could come into existence for the medieval man living in the world of common law because these people could administer justice in civil law (law of inheritance, family and property) only according to the norms known by the respective group of people. The monarchical judgement seeming wise to people of our days was the result of necessity. In return for privilege the monarch in power wanted military service that appears less or more among duties besides taxes in case of all groups of people.

The high importance of letters of privilege from the 13th century is given by the fact that the above mentioned people lived up to the end of the 19th century for about 600–650 years according to the norms included – though with certain changes and alteration.

The high importance of Andreanum published almost 780 years ago lies in the fact that it contains the enlisted privileges and duties in their most complete form and for the first time.

LÁSZLÓ BLUTMAN

Preliminary references: challenges and legal conditions in Hungarian domestic law

The accession of Hungary to the European Union entails new challenges for the Hungarian courts. Successful adaptation may especially be hindered by the fact that there is no comprehensive judicial practice for the application of law of foreign origin. Moreover, stemming from the traditional positivist approach and the dualist constitutional practice, Hungarian courts have shown reluctance to apply legal rules of foreign origin directly, including international legal rules adopted by Hungary, too.

1. General sources of adaptation difficulties

The general and foreseeable difficulties of adaptation – which constitute the source of uncertainty – can be summarised in four points.

(1) Requirements of the knowledge of and expertise in Community law. This is a major challenge in view of the volume of Community law. The courts have to make an effort even to follow the constant changes of domestic law. This burden will double when the same requirements have to be met concerning Community law.

(2) Requirement of interpreting domestic law in harmony with Community law. The *Von Colson* principle, extended with the statements made in the *Grimaldi*, *Miret* and *Marleasing* cases, places serious requirements on national courts.¹ According to this, the obligation of national courts to interpret the law of the Member State in harmony with the law of the Community is based on

¹ Case 14/83 Sabine von Colson and Elisabeth Kamann v Land Nordrhein-Westfalen [1984] ECR 0189, par. 26., Case C-322/88 Salvatore Grimaldi v Fonds des maladies professionnelles [1989] ECR 4407, par. 19., Case C-106/89 Marleasing SA v La Comercial Internacional de Alimentacion SA [1990] ECR I-4135, par. 8., Case C-334/92 Teodoro Wagner Miret v Fondo de Garantía Salarial [1993] ECR I-6911, par. 20.

Article 10 of the EC Treaty. This ensues from the fact that the Member States and their organs (courts) are obliged to promote the realisation of Community goals while ensuring the effective enforcement of Community law.

The fulfilment of this requirement postulates the comprehensive knowledge of Community law and at the same time the comprehension of the relationship of national law and Community law.

(3) Raising of questions of Community law by the national courts. By the *Peterbroeck* decision and partly by the *Van Schijndel* decision the European Court of Justice set up requirements for national courts with respect to the application of Community law.² Ensuing from this obligation, Community law shall be applied not only when it is invoked by one of the parties. The national court is obliged to consider Community legal rules even in the absence of such pleading by the parties. Domestic legal rules hindering this are in conflict with the Community legal order.

The effect of the difficulty mentioned in point (1) is multiplied by this requirement. The reason for this is that courts cannot necessarily count on the parties in litigation as regards the application of Community law. The responsibility of the courts is increased considerably by the enforcement of the *iura novit curia* principle in such a way.

(4) Material and procedural difficulties with the preliminary ruling procedure. In the course of the application of Community law Hungarian courts will encounter legal questions for the solution of which the help of the European Court of Justice will have to be sought. The preliminary ruling procedure, which provides the procedural conditions for this, will have several initial difficulties in store for the Hungarian courts. An especially important question is how this procedure based on Community law can be fitted into Hungarian procedural law.

It is very difficult to estimate the future number of references for preliminary ruling submitted from Hungary. The national courts of some Member States are known to use this possibility more frequently than the courts of other states. From among the present Member States, the legal system, legal practice and legal approach of Austria undoubtedly show great similarity with those of Hungary. Austrian courts use and have used the means of preliminary ruling readily. One could infer from this that Hungarian courts will act in the same manner, but it is by no means certain.

As concerns the above challenges, the present article is focusing on how Hungarian law is trying to fit the preliminary ruling procedure into the framework of its legal system. The reason for this choice is that, the Hungarian

² Case C-312/93 *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS v Belgium* [1995] ECR I-4599, paras. 20-21., Joined Cases C-430/93 and C-431/93 *Jeroen van Schijndel and Johannes Nicolaas Cornelis van Veen v Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten* [1995] ECR I-4705.

Parliament has recently amended both the Code of Civil Procedure and the Code of Criminal Procedure. The preliminary ruling procedure is incorporated into the Hungarian procedural law by the amendment, by means of supplementing the existing rules.

2. Incorporation of the preliminary ruling procedure into Hungarian law

The preliminary ruling procedure will be the most important institutional connection between Hungarian courts and Community courts. This procedure may entail several major or minor problems for national courts, and Hungary is not likely to be an exception.

The duty or right of national courts to refer ensues directly from Community law, and it is independent of the existence of any national rule. This is a *sui generis* procedure. National legal rules can supplement but cannot restrict these rules of the Union or within this of the Community (hereafter law of the European Union).³ It follows from this that the national court can make a reference for preliminary ruling even if its own domestic law does not regulate it or its procedural framework.. The domestic law of several Member States does not contain separate procedural provisions about referring for preliminary ruling (with the exception of, for example, Scotland, England and Wales, or Austria).⁴ The absence of domestic legal regulation does not impede preliminary references.

The aim of the amendment of the Hungarian rules of procedural law is to dispel several uncertainties pertaining to references for preliminary ruling after the accession. The amendment contains three supplementary rules which do not ensue from the legal rules of the Union concerning preliminary ruling: first, it prescribes the suspension of the procedure in the case of reference for preliminary ruling; second, it regulates the right of appeal; and third, it prescribes that the Ministry of Justice shall be informed about the preliminary reference.

The general part of the Explanation attached to the amendment extends much beyond the usual framework, the aim and functions of the preliminary ruling procedure as well as its role in the Union are described in short, with some references made to the decisions of the European Court of Justice. The Explanation gives the Hungarian courts applying the amendment a general, comprehensive view about the essence of the whole legal procedure and may serve as the basis for its application.

³ See e.g. Case 106/77 *Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal SpA* [1978] ECR 0629, paras. 20–22., Case C-348/89 *Mecanarte – Metalurgica da Lagoa Lda v Chefe do Serviço da Conferencia Final da Alfândega do Porto* [1991] ECR I-3277, par. 45.

⁴ Association of the Councils of State and Supreme Administrative Jurisdictions of the European Union. 18th colloquium in Helsinki, 20 and 21 May 2002. General report, point 3.3

In the following some questions of the preliminary ruling procedure are going to be highlighted in connection with the amendment of procedural rules.

3. Scope of the preliminary ruling procedure

The amendment of the rules of civil procedure regulates only preliminary ruling initiated on the basis of the EC Treaty, while the amendment of criminal procedure also refers to the EU Treaty. According to the Explanation this is due to the fact that the fields regulated by the EU Treaty (third pillar) concern only criminal law, not civil law.⁵ However, the definition of the legal grounds of preliminary ruling seems to be insufficient even with such reasoning.

(1) The national courts can make preliminary references on the basis of several rules of law. Actually, several preliminary ruling procedures exist in the law of the European Union, and their conditions and rules may differ in many aspects. In view of this, it is difficult to understand why the amendment sets the aim of establishing the applicability of the preliminary ruling procedure based only on Article 234 of the EC Treaty.⁶ Hungarian courts may find themselves in a situation in which they have to refer for preliminary ruling on the basis of another provision. Thus the amendment of the Code of Criminal Procedure also refers to Article 35 of the EU Treaty as a matter of course.

Preliminary ruling procedure is provided for not only by Articles 68 and 234 of the EC Treaty and Article 35 of the EU Treaty, but also by Article 150 of the EURATOM Treaty and by several international treaties concluded by the Member States within the Union. The latter ones are not referred to in the amendment of the Code of Civil Procedure or Code of Criminal Procedure. Although preliminary ruling procedures based on the EURATOM Treaty are very rare, the possibility cannot be excluded. If a Hungarian court wishes to refer for a preliminary ruling procedure not on the basis of the EC Treaty or EU Treaty, it cannot make a reference to the amended provisions of either the Code of Civil Procedure or the Code of Criminal Procedure.

(2) As concerns the regulated scope of the procedures, it is also disputable that the amendment of the rules of civil procedure do not even refer to the EU Treaty. The Explanation of the amendment points out rightly that cases, which arise on the basis of the EU Treaty and which can be referred to preliminary ruling (police and judicial cooperation in criminal and customs matters), occur typically in criminal procedure in the Hungarian legal system. However, there are problems arising in this field which can also be encountered in civil cases (for example, data protection, customs matters and some other questions of

⁵ Explanation, Particular Provisions /5. §/ point 4.

⁶ Explanation, General Part point I/1.1

public administration). It would hardly have been unnecessary to refer to the EU Treaty in the amendment of the Code of Civil Procedure. However, the lack of this is of slight importance in practice as the court proceeding in civil cases is entitled (or in some cases is obliged) to make preliminary references to the European Court of Justice in the absence of national legal rules, too.

(3) The regulations of the Code of Civil Procedure and the Code of Criminal Procedure concern only the preliminary ruling procedure in the European Court of Justice. The present situation is reflected rightly by this part of the amendment. However, it is important to remember that the European Union Treaty and the Treaty of Nice (Nice, 2001) on the amendment of treaties establishing the European Communities and of certain associated documents made it possible that, according to 225(3) of the amended EC Treaty and Article 140a of the EURATOM Treaty, the other Community court, the Court of First Instance can also proceed and make a preliminary ruling in certain cases defined in the Statute of the Community courts. The Statute has not been amended in such a way, thus the Court of First Instance is not yet entitled to proceed in a preliminary ruling procedure. In future, however, this possibility must also be considered, and then the reference made by the present amendment will prove to be too limited.

4. Suspension of the procedure

In the practice of the national courts the preliminary reference may entail the suspension of the procedure, but it is not necessarily so. The first sentence of Article 23 of the Statute of the European Court of Justice refers to the possibility of suspending the procedure, but this can hardly be interpreted as if the suspension of the procedure was made compulsory.

The practice shows great variety in this respect, too. In some countries suspension is automatic, thus the general rule is that during the time of reference the court cannot make any procedural acts (e.g. Austrian courts of public administration, Finnish supreme court of public administration).⁷ In some it depends on the proceeding court whether the case is suspended (e.g. England and Wales).⁸ In other countries the procedure may go on during the period of reference concerning questions not affected by the legal question in the reference, such as production of evidence (e.g. Danish and Dutch courts).⁹ There are countries in which during the period of reference not only can certain procedural acts be taken but a partial judgement can also be made concerning the parties not involved in the legal question in the reference, or concerning the

⁷ See note 4: Austrian report, point 2.13, Finnish report, point 2.13.

⁸ See note 4: English–Welsh report, point 2.8

⁹ See note 4: Danish report, point 2.13, Dutch report, point 2.9

part of the case not affected by it (e.g. the French *Conseil d'Etat* or the public administration court of Luxemburg). The Greek Council of State is entitled to make a partial judgement with respect to the parties not concerned even in its reference if their case can be separated.¹⁰

The automatic suspension – of binding force without exception – of the procedure in the case of preliminary reference cannot be justified in every case. The general duration of the preliminary ruling procedure exceeds two years. In many cases certain procedural acts not directly affecting the reference for preliminary ruling could be taken during this period (e.g. production of evidence). As the reference need not necessarily be based on the complete facts of the case, the case may have parts or aspects independent of the reference.

The amendment of the Code of Civil Procedure and the Code of Criminal Procedure regulates the suspension of the procedure as a compulsory consequence in the case of preliminary reference. This solution may not lead to desirable results in every case. Procedural acts are allowed by the Hungarian Code of Civil Procedure for the duration of suspension only in exceptional cases. Thus, in certain cases, compulsory suspension may further delay the procedure. In some cases it is useful to carry out certain procedural acts with the purpose of saving time during the period of the preliminary ruling procedure. However, this is precluded by the Code of Civil Procedure. Similar considerations may be valid as concerns the issue of suspending criminal procedure. These arguments could support more flexible regulation – especially in civil cases –, when the proceeding court would decide for or against the suspension of the case referring the case to the Court of Justice, even if this would fit into the system of the civil procedure not so easily.

5. *Decision to refer: possibility of appeal*

The possibility of appeal against the decision of the national court to refer for preliminary ruling is a very important question in the light of the fact that the appeal essentially restricts the right of the national court to refer for preliminary ruling. The European Court of Justice has stated in several cases: Article 234 of the EC Treaty makes it possible for national courts to make preliminary references freely and to weigh its necessity.¹¹ However, according to the Court, Article 234 does not preclude the possibility of appeal against the decision on reference, this is regulated by domestic law. The Treaty does not give autonomy to the referring court in the case when domestic law provides the

¹⁰ See note 4: French report, point 3.1, Greek report, point 2.13

¹¹ E.g. Case 166/73 *Rheinmühlen-Düsseldorf v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* [1974] ECR 0033, paras. 3–4. or Case C-261/95 *Rosalba Palmisani v Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)* [1997] ECR I-4025, par. 20.

possibility of ordinary legal remedy against the reference.¹² Naturally, in this case it is up to the parties in litigation whether they will question the reference with an appeal. The practice in the Member States differs, several states (e.g. Ireland, Italy, Belgium) do not permit to appeal against the decision to refer.¹³ In Hungary the possibility of appeal is introduced or maintained in the Hungarian practice by the amendment of the law – with certain restrictions – in the case of referring for preliminary ruling. However, there are some problems associated with this.

(1) According to the new rules, in civil procedure it is possible to appeal against the decision to refer during the procedure of first instance, while no such possibility opens in the case of the decision not to refer. In the procedure of second instance the possibility to appeal opens in both cases.

– The different regulation of the possibility to appeal in the procedures of first and second instance is justified by all means. In the procedure of first instance the court usually has the right but not the duty to refer. In the procedure of second instance the duty to refer may also arise under the existence of certain conditions laid down in the law of the European Union (this is true only generally and not in all cases). Thus, if the proceeding court may have the duty to refer, it is appropriate to provide the possibility to appeal in the case when the motion of the party in litigation to this purpose is dismissed by the court. The basis of the appeal will be that in spite of the existence of the conditions determined in the law of the European Union, the proceeding court failed to decide to refer for preliminary ruling, or did so in spite of the absence of such conditions.

– In the civil procedure of first instance it is possible to appeal only against the decision to refer (and at the same time against suspension). However, the problem is made more complex by the fact that in this case the court has no duty to refer. At the same time it also means that even if all the conditions of referring for preliminary ruling exist, the court of first instance may decide not to exercise this right but to decide the legal dispute without the opinion of the European Court of Justice. There would be no sense in providing the possibility to appeal against the decision denying reference for preliminary ruling as there would be no grounds for such appeal. The court is free to decide not to refer, thus the review has no specified scope. If, in the absence of reference, no proper judgement on the merits is made, the interested party can object to the refusal of reference in his appeal against the judgement on the merits.

¹² Case 13/61 *Kledingverkoopbedrijf de Geus en Uitdenboger v Robert Bosch GmbH and Maatschappij tot voortzetting van de zaken der Firma Willem van Rijn* [1962] ECR 0089, Case 146/73 *Rheinmühlen-Düsseldorf v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* [1974] ECR 0139, par. 3.

¹³ ANDERSON, D.W.K. – DEMETRIOU, M.: *References to the European Court*. London 2002. p. 215.

– It is possible to appeal against the decision to refer made by the court of first instance. According to the Explanation of the amendment, in this case the review may be aimed at examining whether the conditions of the reference correspond to the conditions laid down in the law of the European Union. In the absence thereof, the reference may prove groundless (and possibly dismissed by the European Court of Justice without any examination of merit), and a lot of time will be wasted unnecessarily during the procedure. Thus the court may be mistaken with respect to the applicability of the rule of law to be interpreted to the facts of the case in question, may word the wrong questions and may state the facts of the case and set forth the relevant Hungarian law in the decision wrongly.

I hold the view that the possibility of review in these questions is essentially very limited. The possibility of reviewing the (temporary) facts of the case set forth in the decision to refer – excluding exceptional cases – is illusory in fact. The expounding of domestic law and the wording of the questions is rather a technical problem, too. Rarely does the latter one hinder preliminary ruling by the European Court of Justice.

Review on the merits may be limited only to establishing whether the formulation of the question corresponds to the basic conditions. Thus, for example, the question may not contain the interpretation of the domestic legal norm either directly or indirectly as this is the task of the national court and not of the European Court of Justice¹⁴; moreover, the reference may not question the compatibility of the Community rules and the domestic legal norms, much less the possible invalidity of the national rule in conflict with the Community norms. These are simple rules and in my opinion it is not worth maintaining the possibility to appeal for these reasons.

As regards the question of appeal, it cannot be disputed that the model in the amendment is functional. However, based on the above, it seems more reasonable to state that no possibility to appeal against the decision to refer should have been provided in the procedure of first instance, either, by the amendment.

– The serious insufficiency of the model of appeal chosen by the amendment arises in court procedures of one instance. With a very few exceptions, there is no possibility to appeal in actions for judicial review of administrative decisions under the Hungarian rules of civil procedure.

In the foregoing I stressed the importance of providing the possibility to appeal both against the decisions to refer and not to refer in all the procedures in which the court has the duty to refer according to the law of the European Union, under the conditions laid down therein. It seems probable that in procedures of one instance where there is no possibility to appeal, Hungarian

¹⁴ E.g. Case C-37/92 José Vanacker and André Lesage and SA Baudoux combustibles [1993] ECR I-4947, paras. 6-7.

courts will have the duty to refer if they hold the opinion that decision about a legal question of the Community is necessary for making their judgement. In the case of court procedures of one instance, as they are procedures of first instance, the amendment does not provide the possibility to appeal in case the court dismisses one of the parties' request for reference. In this case the party in question will have no possibility to turn to another court in order to decide whether the court fulfilled its obligation incorporated in the law of the European Union. As the application of the legal rules of the European Union is encountered in actions for judicial review of administrative decisions in most of the cases, this insufficiency may have a serious effect in practice, too.

(2) According to the amendment of the criminal procedure, the general rules of appeal against the decision to suspend the procedure are extended to the decision to refer. This results in a solution different from the rules of civil procedure, at least in the procedure of first instance. Due to the extension, in accordance with the new rules of the Code of Criminal Procedure, the possibility to appeal against the decision to refer and against the decision not to refer exists both in the procedures of first and second instance. The extension of the possibility to appeal may cause problems in the procedure of first instance.

– It is difficult to find reasons which support the provision of the possibility to appeal against the decision not to refer in criminal procedures of first instance. The court proceeding on first instance has the right but not the duty to refer. It is free to decide whether to exercise this right if all the conditions of the decision to refer exist. In the light of this the important question is: what can such an appeal be based on? What could be the grounds for contesting the decision of first instance not to refer, by means of which the court does not exercise one of its rights? What can the scope of review be? On what grounds can the court of second instance oblige the court of first instance to exercise one of its rights – in the absence of obligation – the exercising of which belongs entirely to its discretionary powers? In my view there are absolutely no reasons for the possibility to appeal against the decision not to refer in criminal procedure of first instance, what is more, the legal grounds thereof can hardly be determined. My conclusion is that it would suffice to provide the possibility to appeal concerning the decisions to refer for preliminary ruling in the procedure of second instance, and it is hardly justified in the procedure of first instance.

– The rules of Hungarian criminal procedure acknowledge the investigation judge. In their scope of activity, as concerns coercive measures and production of evidence, legal questions of the Community may arise which need to be elucidated and necessitate reference for preliminary ruling.

In Italy investigation judges have made references to the European Court of Justice in criminal cases on many occasions. The question whether, with respect to the application of Article 234 of the EC Treaty, the Italian investigation judge (*pretore*) fulfilling mainly the tasks of public prosecutor in the given criminal case qualifies as a court arose first in the *Pretore di Salò v X* case.¹⁵ There the office of the *pretore* was regarded by the Court as a judicial office with the right to refer. After that the Court did not examine in similar cases to what extent the *pretore* can be considered as a court, the reference was studied immediately on the merits.¹⁶

On the basis of the reasoning given in the *Pretore di Salò v X* case the Hungarian investigation judge may also have the right to refer. However, this does not fit into the system of the Code of Criminal Procedure. According to the amendment, the court proceeding in the case is provided with the possibility of reference for preliminary ruling together with the suspension of the procedure in the court phase. This possibility does not apply to the investigation judge. Actually – on the basis of the text of the Code of Criminal Procedure – the investigation judge cannot even suspend the procedure, or at least no reference is made to this in the text of the law.

This leads to an interesting situation of procedural law, namely that the law of the European Union provides the investigation judge with the theoretical possibility to refer for preliminary ruling, while the Hungarian procedural law does not give an expressed possibility for this. However, this cannot be an obstacle to reference.

6. The content of the reference

The rules of civil and criminal procedural law provide for the content of the reference in the same manner. According to these, the decision shall contain the questions referred, the facts of the case to the extent necessary for answering the questions and the relevant Hungarian legal rules. This is important, but on the basis of the practice of the European Court of Justice, the reference has to contain other things as well. The decision to refer for preliminary ruling also has to state the reasons why preliminary ruling is necessary for deciding the case. This is not mentioned in the amendment.

The national court has a general obligation to give information about the facts of the case, the questions of domestic law and the reasoning, without which no proper preliminary ruling can be made at all.¹⁷ The necessity of giving

¹⁵ Case 14/86 *Pretore di Salò v X* [1987] ECR 2545.

¹⁶ E.g. Case 228/87 *Pretura unificata di Torino v X* [1988] ECR 5099.

¹⁷ Case C-83/91 *Wienand Meilicke v ADV/ORG A. Meyer AG* [1992] ECR I-4871, par.26., and see also *Joined Cases 36 and 71/80 Irish Creamery Milk Suppliers Association and others v Government of Ireland and others; Martin Doyle and others v An Taoiseach and others*

detailed information is frequently pointed out by the Court. An increasing emphasis is laid by the Court on the requirement of information and reasoning, which is evident from many cases decided in the middle of the 1990s.¹⁸

In the European Court of Justice the prerequisite to understanding a case is the reasoning given by the reference stating why the court deems the answer to the question necessary for deciding the legal dispute, which may concern, for example, why the national court considers Community law applicable in the case, why the Community legal question has to be decided in order to make a judgement in the case, what the relationship of Community law and the relevant domestic law is, etc.¹⁹ In this reasoning the court may expound whether it has doubts, and if so of what nature, about the compatibility of the domestic regulations to be applied with Community law. This can be expressly useful in some cases as the Court can understand the problem to be solved by the national court.²⁰ The referring court is exempt from the duty to provide reasons only if it is evident from the matter of the legal dispute why the reference is needed in the basic procedure for making a decision. In this case it has to be obvious from the matter of the case.²¹

7. Courts obliged to refer

Those national courts have the duty to refer according to Article 234 of the EC Treaty and also in accordance with Article 68 thereof and Article 150 of the EURATOM Treaty which make decisions against which there is no legal remedy. (The duty to refer is also imposed on courts named in Article 2 of the 1971 protocol on the interpretation of the Brussels Convention of 1968, which has already lost its importance.) The problems associated with the duty to refer are the same concerning these three regulations, but in practice they have emerged in the course of the application of Article 234.

The Hungarian court system has four levels, as follows: municipal courts, county courts, regional courts of appeal and the Supreme Court. It is of great

[1981] ECR 0735, par. 6., Joined Cases C-58/95, C-75/95, C-112/95, C-119/95, C-123/95, C-135/95, C-140/95, C-141/95, C-154/95 and C-157/95 Sandro Gallotti, Roberto Censi, Giuseppe Salmaggi, Salvatore Pasquire, Massimo Zappone, Francesco Segna and others, Cesare Cervetti, Mario Gasbarri, Isidoro Narducci és Fulvio Smaldone [1996] ECR I-4345, C-167/94 Juan Carlos Grau Gomis and others [1995] ECR I-1023, par. 8.

¹⁸ E.g. BLUTMAN L.: Előzetes döntési eljárás az Európai Bíróságon: a szükségesség feltétele. *Jogtudományi Közlöny* 1999/12. 541–548. p.

¹⁹ E.g. Case C-167/94 Juan Carlos Grau Gomis és mások [1995] ECR I-1023, paras. 8-9.

²⁰ Joined Cases 141-143/81 Gerrit Holdijk and others [1982] ECR 1299, par. 7.

²¹ Joined Cases 141-143/81 Gerrit Holdijk and others [1982] ECR 1299, par. 5., Case 244/80 Pasquale Foglia v Mariella Novello [1981] ECR 3045, par. 17., Joined Cases 98, 162 and 258/85 Michele Bertini and Giuseppe Bisignani and others v Regione Lazio and Unita sanitarie locali [1986] ECR 1885, par. 6.

consequence on which level the duty to refer opens, that is which courts in the Hungarian legal system are subject to paragraph (3) of Article 234.

The practice of the Member States definitely shows the tendency that the exclusion of the possibility of legal remedy is not to be examined generally, one always has to examine in the given case whether the possibility for legal remedy exists or not.²² The European Court of Justice also seems to connect the opening of the duty to refer to the exclusion of the concrete possibility of legal remedy.²³

The same direction is taken by the Hungarian legal regulation, too. The following conclusion is drawn by the Explanation of the act amending the regulations of the Code of Civil Procedure and the Code of Criminal Procedure: the guarantees contained in Articles 68 and 234 of the EC Treaty would become void if they were interpreted as if only those courts had the duty to refer against the decision of which there is never any possibility to appeal. Thus this question has to be studied in the light of the given case, not in general.²⁴ In this way whatever the level of the proceeding court is, the duty to refer will arise if there is no legal remedy in the given case.

However, legal remedy may take several forms. Could paragraph (3) refer to all forms of legal remedy (including extraordinary legal remedy), or the possibility or absence of only certain, typical forms of legal remedy plays a role in the opening of the duty to refer. The field of legal remedies the exclusion of which results in the duty to refer is essential with respect to preliminary ruling.

The concept of legal remedy cannot be limited to appeal. Some experts hold the view that certain extraordinary legal remedies do not belong to the scope of paragraph (3), the possibility thereof does not exempt those courts from the duty to refer against the decision of which such extraordinary legal remedy may be taken (e.g. starting procedures which do not continue the original procedure).²⁵ The field of legal remedies is very large in the Hungarian legal system. It is by no means certain that some forms of extraordinary legal remedy can be considered from this aspect.

(1) Appeal. Appeal is a legal remedy which has a similar content in the Hungarian legal system as in other states. The possibility to appeal against the judgement on the merits definitely excludes the courts of first instance from the range of courts with the duty to refer, as legal remedy is available against their decision.

(2) Review. A review may be initiated against final judgements on the merits in the Hungarian procedural law, but only if very strict conditions are

²² See note 4: General report, point 3.5.

²³ Case 6/64, *Flaminio Costa v E.N.E.L.* [1964] ECR 1141., see also ANDERSON, D.W.K. – DEMETRIOU, M.: *References to the European Court*. London 2002. p. 165.

²⁴ Explanation, Particular Provisions / 3– 4. §/ point 5.

²⁵ SMIT, H. – HERZOG, P.: *The Law of the European Community*. New York 1999. p. 478.

fulfilled. In the majority of the cases it is a means of legal remedy of third instance. According to the interpretation and application of the text of Article 234 of the EC Treaty, review qualifies as extraordinary legal remedy. In practice it is encountered only in a small number of cases.

In criminal cases the field of review is limited as it can cover only legal questions and does not have an automatic suspending effect. In civil cases review is a procedure of different type than in criminal cases. Here it is primarily a form of procedure ensuring uniform legal practice. The field of review is limited, and even a previous breach of law influencing the merits of the case is not sufficient in itself to provide grounds for the review. A special permission is required for review, and it has no automatic suspending effect.

In the light of the above it seems well-founded to hold the view that in criminal cases the theoretical possibility of review against the decision of the court cannot exempt the court proceeding on second instance from the duty to refer. If the possibility of review exempted the court proceeding on second instance from the duty to refer, this duty would not open in the majority of cases (raising Community legal questions). This conflicts with the purpose of Article 234.

Moreover, it seems that the conditions in the *Lyckeskog* decision²⁶ do not apply either, and the theoretical possibility of review against the decision of the court does not exempt the court proceeding on second instance from the duty to refer. The same conclusion is drawn in the Explanation of the amendment in connection with the possibility of review opening in civil cases.²⁷

(3) Reopening a case. In the process of reopening a case the right to refer cannot be disputed in the light of the practice of the European Court of Justice to date. However, the theoretical possibility of reopening a case does not exempt the court making the final judgement on the merits from referring. Consequently, the statements made concerning review also apply to reopening a case.

(4) Constitutional complaint. In Hungary anyone can make a constitutional complaint to the Constitutional Court if a legal rule in conflict with the Constitution was applied in their case. The constitutional complaint qualifies as extraordinary legal remedy.

In general, constitutional courts qualify as courts against the decision of which there is no possibility of legal remedy. On the basis of Article 234 of the EC Treaty, the right of constitutional courts to refer is not questioned in the law of the Community. Constitutional courts have actually made references in several cases.²⁸ The really interesting question is whether these references are

²⁶ Case C-99/00 *Kenny Roland Lyckeskog* [2002] ECR 4839, paras. 17–19.

²⁷ Explanation, Particular Provisions /3–4. §/ point 5.

²⁸ Case C-143/99 *Adria-Wien Pipeline GmbH and Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH v Finanzlandesdirektion für Kärnten* [2001] ECR I-8365, Case C-93/97 *Fédération Belge*

made on the basis of the second or third paragraph of Article 234, based on the right or duty to refer. However, this is not evident from the cases and the Court did not examine this question. The Court evidently acknowledges that the reference has been made by constitutional courts, just as it acknowledges that the constitutional courts of certain states do not make references. With this respect the Court considers it essential that the duty to refer shall open in a given procedure. It is of no importance in which court it does so.

However, it seems evident that the court making a final judgement cannot be exempted from the duty to refer by the theoretical possibility of submitting a constitutional complaint. The reason for this is that it is a restricted and extraordinary means used only in a negligible number of cases.

To summarise the above: if in the Hungarian legal system legal remedies other than appeal were considered in ordinary procedures with respect to the arising of the duty to refer, in many cases this duty would not open in practice. This is due to the fact that, with the exception of appeal, these remedies are exceptional and are encountered only in a slight number of cases as both the possibility of their use and their scope are very limited. Consequently, the conclusion can be drawn that these means cannot be considered in weighing the opening of the duty to refer, that is all the Hungarian courts the decision of which cannot be appealed against may have the duty to refer. It seems that in the Hungarian legal system there is no legal remedy which would be suitable for exempting the court making the final judgement from this duty.

The above conclusion does not necessarily apply to extraordinary procedures. Whether the duty to refer may arise in extraordinary procedures and if so, under what conditions, is the subject of another examination.

8. Legal effect of preliminary rulings in Hungarian law²⁹

It is not simple to judge the legal effect of the decisions of the European Court of Justice beyond the concrete case. This issue arises here because the Explanation of the amendment makes two references to the fact that preliminary rulings made by the European Court of Justice have a binding force beyond the concrete case.³⁰

At present it is a widely disputed question to what extent the preliminary rulings of the European Court of Justice containing legal interpretation are binding beyond the case from which the reference was made. As far as I know the Court has never declared anywhere that preliminary rulings containing legal

des Chambres Syndicales de Médecins ASBL v Flemish Government, Government of the French Community, Council of Minister [1998] ECR I-4837.

²⁹ See also BLUTMAN L.: European Court of Justice: a shamefaced system of precedent? *Acta Jur. et Pol. Szeged* Tomus LXIV. 77–92. p.

³⁰ Explanation, General Part, points I.3.3. and I.6.

interpretation are binding for everybody, and the examples quoted in the Explanation are not suitable for proving this. In the quoted cases the Court only stated that its decisions have a legal effect beyond the concrete case, but it did not state that this legal effect entails the obligation to follow these decisions in general. The content of the legal effect is rather that in similar cases national courts can base their decisions on the previous statements of the European Court of Justice, and that they are exempt from the duty to refer if the Court has already made a preliminary ruling in a similar case.

Needless to say, the domestic law can prescribe that the judgements of the Court are to be followed by the national courts (this was expressly done in the United Kingdom). However, this is a matter of domestic law, not of the law of the European Union. The question arises whether the contents of the Explanation can be regarded as implying that the Hungarian law-maker considers it compulsory for the Hungarian courts to follow preliminary rulings with legal interpretation beyond the concrete case? This question, however, will be answered only by the practice.

LÁSZLÓ BLUTMAN

ELŐZETES DÖNTÉSHOZATAL: KIHÍVÁSOK ÉS JOGI FELTÉTELEK A MAGYAR BELSŐ JOGBAN

(Összefoglalás)

A szerző áttekint néhány általános problémát, melyek a magyar bíróságok számára adódnak Magyarország uniós csatlakozása után. Ezen belül a tanulmány főként az előzetes döntéshozatali eljárást veszi szemügyre, melynek igénybevétele az európai igazságszolgáltatási rendszer részévé váló magyar bíróságok számára néhány eljárásbeli nehézséggel járhat. Elemzi a polgári eljárás és a büntetőeljárás szabályait módosító szabályokat, melyek az előzetes döntéshozatal magyar eljárásokba való beillesztését szolgálják: így vizsgálja többek között az eljárás felfüggesztését, az előterjesztésről hozott döntések fellebbezhetőségét, az előzetes döntés előterjesztésére kötelezett bíróságok körét.

Néhány megjegyzés a hegyközségek köztestületi jellegéről

Magyarországnak az Európai Unióhoz történő csatlakozásával a szőlőtermelés és borgazdálkodás területén kettős szabályozás érvényesül. Az ágazatra vonatkozó joganyag egyik részét azok a normák jelentik, amelyeket az unió közvetlenül szabályoz, a csatlakozás időpontjával ezek a jogszabályok közvetlenül a magyar jogrendszer részévé váltak. A joganyag másik részét azok a normák jelentik, amelyeket közösségi jogszabályok nem határoznak meg, illetve azok lehetőséget adnak meghatározott kérdések nemzeti hatáskörben történő szabályozására.

Ugyanakkor a szőlőtermelés és a borgazdálkodás alapvető nemzeti szabályai is két törvényben: a szőlőtermelésről és borgazdálkodásról (a továbbiakban: bortörvény)¹ és hegyközségről szóló joganyagokban² jelennek meg.

A bortörvény területi hatálya nem az ország egészére, hanem csak az ún. borvidékekre terjed ki. (A bortörvény a borvidéket, mint meghatározott termőhelyet figyelembe véve szabályozást ad a borvidéki régióra, a borvidéki körzetre, továbbá a borvidéki dűlőre is.)

Annak érdekében, hogy a bortörvény teljes mértékben lefedje az ágazatot, kiterjedjen valamennyi termelőre, felvásárlóra, kereskedőre, a törvény felhatalmazást ad arra vonatkozóan, hogy a jövőben a bortörvény végrehajtási rendeletében meghatározott hegyközségek lássák el az adatszolgáltatásra, a származási bizonyítványok kiadására, telepítéssel és kivágással kapcsolatos előterjesztésekre vonatkozó feladatokat a borvidéken kívüli területeken is. Ezzel a rendelkezéssel a két törvény tulajdonképpen kiegészíti egymást. Fontos tudni, hogy a csatlakozástól számítottan 2010-ig megtiltották hazánkban a szőlőterület bővítését jelentő telepítéseket. Ezért a bortörvény megalkotásakor, illetve a hegyközségekről szóló törvény módosításakor eldöntendő kérdés volt, hogy az állam

¹ 2004. évi XVIII. törvény a szőlőtermesztésről és a borgazdálkodásról.

² Az 1997. évi CXXII. törvénnyel, a 2000. évi XCIX. Törvénnyel, a 2002. évi XXIII. törvénnyel, a 2003. évi LXXVII. törvénnyel és a 2004. évi XVIII. törvénnyel módosított 1994. évi CII. törvény a hegyközségekről.

milyen szerepet biztosít az öngazgatáson alapuló a hegyközségeknek: ti. kiemelt szerepet kaphattak volna az az árutermelő, törzs- és kísérleti szőlő telepítési és kivágási engedély megadását illetően. Ebben a vonatkozásban azonban nem a hegyközségeket, hanem a Mezőgazdasági és Vidékfejlesztési Hivatalokat erősíti a bortörvény. Ezért szükségesnek látom annak vizsgálatát, hogy a hegyközségek, mint köztestületek alkalmasak-e bizonyos (a szőlőtermeléssel és a borgazdálkodással összefüggő) államigazgatási feladatok ellátására, s ha igen, erősödhet-e ebbéli szerepük a jövőre nézve.

A kérdés felvetés annál is inkább indokolt mert a hegyközség, mint köztestület közfeladatot lát el és közhatalmat gyakorol. A köztestületek ugyanakkor társadalmi közösségek is, amelyek önszerveződéssel jönnek létre.

A feltett kérdés megválaszolásához összefoglalom mindazokat az általános jellemzőket, amelyekkel ezek a területi, települési szempontok szerint szervezett – ugyanakkor önkormányzati települési struktúra rendszerén kívül eső, bizonyos közhatalmi jogosítványokat is élvező – önkormányzati szervekként létrejött organizációk bírnak.

A köztestület főbb fogalmi elemei a Ptk. 65. § (1)–(6) bek. rendelkezéseiből vezethetők le. E szerint a köztestület:

- a) személyegyesüléssel létrejött jogi személy,
- b) amely nyilvántartott tagsággal rendelkezik,
- c) törvény állapítja meg a szervezetét,
- d) belső működése az önkormányzatiság elvén nyugszik,
- e) közfeladatot lát el,
- f) közhatalmat gyakorol, és
- g) jogszabály hozza létre.³

A jogi irodalomban – többségi álláspontként – elfogadott azt a nézetet, amely szerint a köztestületeknek további jellemzői is vannak, magam is osztom.

³ Ptk. 65. § (1) A köztestület önkormányzattal és nyilvántartott tagsággal rendelkező szervezet, amelynek létrehozását törvény rendeli el. A köztestület a tagságához, illetőleg a tagsága által végzett tevékenységhez kapcsolódó közfeladatot lát el. A köztestület jogi személy.

(2) Köztestület különösen a Magyar Tudományos Akadémia, a gazdasági, illetve a szakmai kamara.

(3) Törvény meghatározhat olyan közfeladatot, amelyet a köztestület köteles ellátni. A köztestület a közfeladat ellátásához szükséges – törvényben meghatározott – jogosítványokkal rendelkezik, és ezeket öngazgatása útján érvényesíti.

(4) Törvény előírhatja, hogy valamely közfeladatot kizárólag köztestület láthat el, illetve, hogy meghatározott tevékenység csak köztestület tagjaként folytatható.

(5) A köztestület által ellátott közfeladatokkal kapcsolatos adatok közérdekűek.

(6) A köztestületre – ha törvény eltérően nem rendelkezik – az egyesületre vonatkozó szabályokat kell megfelelően alkalmazni.

Így a köztisztviselőre jellemző még:

- h) gazdálkodás folytatása,⁴
- i) közigazgatáshoz tartozás⁵ és a
- j) speciális törvényességi felügyelet.⁶

Még a fogalmi elemek elemzése előtt szükségesnek látom megállapítani, hogy per definitionem igaz: a hegyközségek, mint köztisztviséletek bírnak a jogirodalomban összefoglalt minden jellemzővel. A hegyközséget a többször módosított 1994. évi CII. törvény (a továbbiakban: Htv.) létesítette, feladatait és működését törvény szabályozza, a törvényben megállapított önkormányzattal és kötelező tagsággal rendelkező szervezet, amely meghatározott közfeladatokat lát el.

A hegyközség köztisztviséletként való létesítésének és a kötelező tagság intézményének szakmai indoka az, hogy a szőlő- és borgazdaság termékei eredetvédelmének szervezeti keretei létrejöjjenek. Az eredetvédelem szabályrendszere a borra vonatkozó jogi szabályozásból vezethető le.⁷

Ehhez kapcsolódik az Európai Unió országaival a bormegnevezések kölcsönös védelméről Brüsszelben aláírt megállapodás, amelyet az 1994. évi XI. törvény hirdetett ki.

Az EK joganyagában ugyan nincs külön olyan jogforrás, amely az ilyen szervezeteket szabályozná, de a borra vonatkozó jogszabályok a különböző termelői közösségeknek a termeléssel kapcsolatos, agrárrendtartási jellegű és eredetvédelmi feladatokat határoznak meg. E területen az EK joghoz való alkalmazkodás tehát azt jelenti, hogy rendelkezünk kell olyan szervezetekkel, amelyek a kötelezővé vált közös piaci szabályozás által meghatározott feladatokat képesek ellátni.

Ezt a jogi környezetet teremti meg a Htv. azzal, hogy létrehozza az eredetvédelem szervezeti feltételeit úgy, hogy – hasonlóan az Európai Unió országai-
ban meghonosodott gyakorlathoz – termelői önkormányzatokra, azaz a közvetlen érdekeltek szervezeteire bízva az eredetvédelemhez kapcsolódó feladatot. Ahhoz, hogy a hegyközség az eredetvédelmi célú szakmai szabályozó szerepét eredményesen betölthesse, a termelőkre kötelező magatartásszabályokat határozhasson meg, s azokat ki is kényszeríthesse, arra van szükség, hogy az érintettek törvény által kötelezően tagjai legyenek a szervezetnek.

Ebből következik, hogy a hegyközség nem az egyesülési szabadság és az érdekvédelmi szervezetek alakításához való alkotmányos alapjogok alapján létre-

⁴ ÁDÁM ANTAL: A végrehajtó hatalom és az autonóm közjogi intézmények jogalkotásáról. *Magyar Közigazgatás* 1993. évi 5. szám. 260. p.

⁵ FAZEKAS MARIANNA: A köztisztviséletekről. *Magyar Közigazgatás* 1993. évi 4. szám 213. p.

⁶ ÁDÁM ANTAL: i. m. 261. p., FAZEKAS MARIANNA: i. m. 214. p.

⁷ A szabályozás többször változott, lásd a szőlő- és gyümölcsstermesztésről, valamint a borgazdálkodásról szóló 1970. évi 36. törvényerejű rendelet, a szőlőtermesztésről és borgazdálkodásról szóló 1997. évi CXXI. törvény, a szőlőtermesztésről és borgazdálkodásról szóló 2004. XVIII. törvény.

hozott szervezet, az nem magán- és jogi személyek önkéntes társulása. A hegyközség köztestület, amelynek létrehozását törvény rendelte el, az abban meghatározott közfeladatok, közöttük a termékek származásvédelmének végzésére.

Sorra véve most már a hegyközség, mint köztestület legjellemzőbb vonásait, vizsgálat tárgyává tesszük, hogy a köztestületekkel szemben támasztott és fentebb már rögzített követelmények hogyan jelennek meg hegyközséget szabályozó konkrét törvényi rendelkezésben.

Ad a) A hegyközség személyegyesüléssel létrejött jogi személy

A rendszerváltozást követően a köztestületekre vonatkozó szabályok a Ptk-ban jelentek meg. Kevés példát találunk arra, hogy a polgári jogi kódex közjogi jogi személyekre vonatkozó rendelkezéseket tartalmazzon. Ennek az az oka, hogy a polgári jog elsődlegesen magánjogi személyekre vonatkozó szabályok összessége. Miután azonban, különösen az utóbbi időben, a magánjog – közjog határaitban „átfedés” figyelhető meg, s mert a közjogi személyek megjelentek a Ptk-ban, nem kerülhető el a közjogi jogi személyek Ptk-n belüli szabályozása „mélységének” kérdése. Az új Ptk. tervezet a köztestületek rendszerbeli elhelyezésével kapcsolatban azon az állásponton van, hogy „... az ún. közjogi jogi személyek (köztestület, közalapítvány) jogalanyisága és tulajdona – csak a személyi és a dologi jogi szabályozás egységében kezelhetőek”⁸

A korábbi jogirodalomban általánosan elfogadott tétel volt, hogy egy szervezet – szemben a magánjogi jogi személlyel – csak akkor közjogi jogi személy, ha jogi individualitását jogforrás állami aktusként megalapozza. Szladits szerint „amíg a magánjogi jogi személyek csaknem mind *lex generalis* alapján jönnek létre, tehát már fogalmilag is azonos felételek mellett, addig a legtöbb közjogi személyt *lex specialis* keltette életre”.⁹ Ezért amennyiben a közjogi jogi személyeket a magánjog szempontjából vizsgáljuk, bizonyos kérdések szükségszerűen kiesnek a vizsgálódás köréből.

Szladits ezzel kapcsolatban leszögezi: „a közjogi jogi személyek keletkezésének és megszűnésének kérdése a magánjog szempontjából tárgytalan, mert ez egybeesik a közjogi keletkezéssel, illetve megszűnéssel”.¹⁰

Ha arra a kérdésre kell választ adnunk, hogy mi dönti el a közjogi személyek magánjogi jogképességét és a jogképesség terjedelmét a legtöbb szerző Mielkét hívja segítségül, aki a választ az ultra vires tanának segítségével adja meg: a közjogi jogi személlynél mindig a cél határozza meg a jogképesség terjedelmét,

⁸ Új Ptk. tervezet.

⁹ SZLADITS KÁROLY: A jogi személy, mint jogalany. *Magyar Magánjog I. kötet*, 570. p.

¹⁰ Uo. 572. p.

a jogképeség – a magánjogi jogképeség is – ezért szükségképpen korlátozott.¹¹

Szladits összevezésében a „közjogi jogi személy” magánjogi kategória: fel fogása szerint e szervezeteknek az a sajátossága, hogy keletkezésüket és megszűnésüket csupán a közjog szabályozza, s hogy magánjogi jogképeségüket meghatározza a számukra megállapított közjogi feladat.¹²

A hatályos Ptk. a közjogi jogi személyeket a társadalmi autonómia megvalósítására szolgáló szervezetekként szabályozza és a közjogi, illetve a magánjogi vonások elsődlegessége kérdésében csak közvetve foglal állást. Az a szabályozás normaszövegéből nem következik, hogy a közjogi jogi személyek jogi személyiségének a lényege a vagyoni jogképeségben áll. A Ptk.-ban azok a szabályok kaptak helyet, amelyek egyrészt meghatározzák a szükséges szervezeti formákat, másrészt megadják a közjogi alakulatok magánjogi jogképeségének terjedelmét és tartalmát.¹³

A magánjogi szabályozás a közjogi jogi személyek egyneműsítését jelenti. A magánjog a lex specialishoz kötődően létrejövő közjogi jogi személyekhez is csak lex generalisként viszonyulhat. A Ptk. ezért a közjogi jogi személyek jogállásának csupán azokat az elemeit szabályozhatja, amelyek a magánjog általánosító, egyneműsítő, tipizáló szemléletével megragadhatók, s amelyeknek vagyoni jogi relevanciája van.

A hatályos és a tervezett magyar jogi szabályozás a köztestületi jellegű szervezetek jogalanyiságát az önkormányzati tulajdonnal való rendelkezés és az önkormányzati gazdálkodás szempontjából ismeri el. Azok a rendelkezések tehát, melyek e szervezeteket jogi személynek minősítik polgári jogi jogalanyiságot biztosítanak. A közjogi jogi személyiség kérdése – amely pedig, mint láttuk – a köztestület alapvető fogalmi jegye az új Ptk. tervezetében kerül szóba.

A köztestületek azonban általában nem mint a köztulajdon alanyai jelennek meg, a köztulajdon alanyaiként az új Ptk. tervezete is csak a helyi önkormányzatokat, a helyi és országos kisebbségi önkormányzatokat, valamint a törvény alapján keletkező köztestületeket, továbbá az Országgyűlés, a Kormány, illetve a települési önkormányzatok által létesített közalapítványokat ismerné el.

Ad b) A hegyközség nyilvántartott tagsággal rendelkezik

A köztestületet elsődleges fogalmi jegyként szokták említeni, hogy tagsági viszonyon alapuló személyegyesülés, amely az alapvető rendeltetése szerinti feladatokkal érintett személyeket, az ún. érdekeltet fogja át, mégpedig lehetőleg valamennyi érdekeltre kiterjedően. Ebből következően a tagsági viszony nem az

¹¹ LOMNICI ZOLTÁN: A köztestületek intézménytörténete – adalékok a Ptk. kodifikációhoz. Magyar Közigazgatás, 2002. 7. szám 421. p.

¹² SZLADITS KÁROLY: i. m. 606. p.

¹³ Ptk. Kommentár: Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó 1998. 174–176. p.

érdekelteket önkéntes elhatározásának eredménye, hanem jogszabály által előírt kényszertagság.

Tekintettel arra, hogy a Ptk. lehetővé teszi azt, hogy meghatározott köztestületet szabályozó törvény alapján bizonyos tevékenység csak az adott köztestület tagjaként legyen folytatható, továbbá mert kívánatos, hogy a hegyközség az adott területen minden szőlő- és bortermelőt magában foglaljon, a javaslat a hegyközségi tagsághoz mint feltételhez köti a törvény hatálya alá tartozó településen a szőlészeti és borászati ártermelő tevékenység folytatását.

A Htv. 3. § (1) bekezdése szerint: „A hegyközségek egy vagy több település termelői és felvásárlói által e tevékenységükhöz fűződő közös érdekeik előmozdítására, valamint az általuk előállított termékek származás- és minőségvédelmére létrehozott köztestület.”

(2) bekezdés arról szól, hogy „A törvény hatálya alá tartozó településen szőlészeti és borászati ártermelő tevékenység csak a hegyközség tagjaként folytatható.”

A Htv. A 26. § (1) bekezdése így rendelkezik: „A hegyközség tagja – lakóhelyétől (telephelyétől), székhelyétől függetlenül –

- a) az a termelő, aki tevékenységét a hegyközség működési területén végzi, valamint
- b) az a felvásárló, aki egy naptári éven belül a hegyközség működési területén legalább héttized tonna szőlőt, illetve öt hektoliter bort vásárol,
- c) az a házikert szőlőbirtokos, aki termését forgalomba hozza.”

A tagsági viszony nem feltétlenül jelent személyes közreműködést a köztestület szerveiben, a tagsági viszonyból eredő jogok képviselő útján is gyakorolhatók, a képviselő azonban csak egy tag nevében járhat el. A köztestületekben az érdekelttség minden esetben önrendelkezési joggal párosul, tehát a tagoknak döntő befolyásuk van a köztestület ügyeinek intézésében.

A saját ügyeit intéző tagság a köztestület legfontosabb elhatároló ismérve az állami, illetve önkormányzati szervezetektől.

Ad c) A hegyközség szervezetét törvény határozza meg

A köztestületek szervezetére a testületi felépítés jellemző. A feladatok ellátásához szükséges alapvető döntéseket a tagokból alakult testület hozza meg.

A hegyközségben a nagy taglétszámú elvi irányító közgyűlés mellett, működik kisebb létszámú, operatív vezető testület a választmány, különböző bizottságok és a köztestület belső ellenőrző szerve, az ellenőrző bizottságok. Ezek összetétele a közgyűlés arányait képezi le.

Így a harminc főt meg nem haladó taglétszám esetén csak elnököt kell választani. A választmány jogkörét ez esetben az elnök, az alelnök (ha az alapszabály ilyen tisztséget létesít) és a közgyűlés által megbízott egy tag, vagy az elnök és két megbízott tag együttesen gyakorolja [Htv. 15. § (2) bek.].

A hegyközség önkormányzatának legfőbb döntéshozó szerve a tagok összessége, a közgyűlés, amely a szervezet életével kapcsolatos legfontosabb kérdésekben jogosult határozni. Hatáskörét az alapszabálynak kell meghatározni, a törvény azonban – hasonlóan az egyesülési jogról szóló törvényhez – úgy rendelkezik erről, hogy bizonyos kérdések (alapszabály, költségvetés) a közgyűlés kizárólagos hatáskörébe tartoznak. A jogalkotó így kívánta elejét venni annak, hogy az alapszabály által szűkebb körű testületekre, például a választmányra lehessen átruházni olyan döntési hatásköröket, amelyek a szervezet léte, működése szempontjából meghatározó jelentőségűek.

A közgyűlés működésével kapcsolatban csak annyi előírást tartalmaz a törvény, hogy azt évente legalább egy alkalommal össze kell hívni. Abban az esetben, ha a hegyközség kis taglétszáma miatt nem kell választmányt létrehozni, legalább kéthavonta kell közgyűlést tartani. Egyebekben az alapszabályra bízva a javaslat a közgyűlés összehívásának, lefolytatásának, határozatképessége feltételeinek, a testület határozathozatala rendjének szabályozását.

A közgyűlésen minden tagot egy szavazat illet meg. A szabályozásnak ezt a módját már a non profit jellegű szervezetek esetén is egyre több bírálattal éri. Az ellenvélemények általában összefüggésbe hozhatók a fenntartás költségeihez való hozzájárulással (hegyközségi járulék), amely kötelezettség a tagokat gazdasági erejükhöz mérten (a szőlőterület nagysága szerint) terheli. Álláspontom szerint ez utóbbi érv de lege ferenda megfontolást igényel. Nem tartható az az érv, amely szerint a hegyközség nem gazdálkodó szervezet, nem gazdasági társaság, ezért a résztvevőket nem a közös rendelkezés alá vetett tulajdonuk alapján illeti meg – a tulajdon mértékéhez igazodó – szavazati jog.

A törvény szerint a hegyközségek területi és országos szövet hoznak létre, a hegyközségi szervezetek ezen rendszere föderatív elven épül fel. A helyi, a területi és az országos szervezet azonos felépítésű, mindháromnak saját önkormányzata van, amelyek szervezeti értelemben függetlenek egymástól. A törvény nem foglalkozik részletesen a hegyközségi tanács, valamint a nemzeti tanács szervezetével, csak a legfontosabb testületeket, illetve tisztségviselőket nevezi meg, a többit a hegyközség szervezetére utaló szabállyal, illetve a szervezetek alapszabályára való utalással oldja meg. A nyilvántartásba vétel tekintetében sincs eltérő szabályozás, mivel mind a területi, mind az országos szervezet ugyanúgy köztisztviselő, mint a hegyközség.¹⁴

Ad d) A hegyközség belső működése az önkormányzatiság elvén nyugszik

A Htv. a hegyközségeket olyan köztisztviselőként szabályozza, amelyben érvényre jut az önkormányzatiság. Az önkormányzatiság elve egyidejűleg biztosítja az érdekeltek beleszólási jogát és érdekérvényesítési lehetőségeit, valamint az állami felelősség érvényesülését.

¹⁴ Lásd Htv. V. fejezete.

Az önkormányzatiság lényege a törvény által biztosított függetlenség. Ennek egyik jelentős megnyilvánulása a szervezeti keretek önálló kialakításának a lehetősége. Az önálló szabályozás joga fémjelzi a hegyközség önkormányzati természetét.

Az önkormányzatiság elve alapján biztosítja a törvény a tagok aktív és passzív választójogát, a tisztségviselők választhatóságát.

A hegyközségi tagnak joga, hogy részt vegyen – tanácskozási és szavazati joggal – a közgyűlés munkájában, részt vegyen a tisztségviselők megválasztásában, részt vegyen a hegyközségi járulék meghatározásában, azaz a hegyközségekben a tagságot érintő legfontosabb kérdésekben közvetlenül a tagság dönt.

A tagság a hegyközségben nemcsak kötelező, de elválaszthatatlanul és automatikusan a szőlő- és bortermeléshez, illetve az ezekből származó termékek felvásárlásához kötődik, azzal együtt keletkezik és csak a foglalkozás gyakorlásának feladásával szűnik meg.

A hegyközségekből a törvény hatálya alá tartozó gazdasági tevékenységet folytató természetes és jogi személyek, továbbá jogi személyiség nélküli gazdasági társaságok nem zárhatóak ki. A tagsági viszonyból folyó jogokkal, szolgáltatások igénybevételével a hegyközségi tag nem tetszése szerint élhet, a jogok és kötelezettségek gyakorlásának módját törvény írja elő.

A hegyközségek az általuk végzett közfeladatokat önálló döntéseik szerint, saját felelősséggel igazgatják. Ehhez jogszabályban biztosított önkormányzati jogok illetik meg a hegyközséget.

Némileg áttöri az önkormányzatiság elvét, hogy a területi, illetve az országos szervezetben a küldöttek egyike – a törvény rendelkezésénél fogva – mindig a helyi, illetve területi szervezet elnöke, s csak a másik küldött választott. A Htv. indokolása szerint erre azért van szükség, hogy – az elnök részvételén keresztül – nem csak szakmai, hanem bizonyos, méltányolható szervezeti érdekek is megjelenjenek a területi és az országos szinten.

Ugyanakkor az önkormányzatiság elvét erősíti, hogy a korábbi szabályozástól eltérően a területi és országos szervezetben nem tagok a különböző állami és törvényhatósági szervek, illetve intézmények képviselői. Fontos lehet ugyan, hogy a hegyközségi tanács, valamint a nemzeti tanács tevékenységében részt vegyenek mindazon szervezetek, amelyek tevékenységüknél fogva kapcsolódnak a bortermeléshez, illetve a szakigazgatáshoz, de elegendő ha részvételük tanácskozási jog által biztosított.¹⁵

¹⁵ Ilyen szervezetek: a földművelésügyi hivatal, a borminősítő intézet, a szakmai érdekképviseleti szervezetek, valamint az oktatási és kutatási intézmények, a természet- illetve tájvédelemért felelős hatóságok stb.

Ad e) A hegyközség közfeladatát lát el

A közfeladat fogalmát jogszabály nem határozza meg. A Ptk.-nak a köztestületeket a magyar jogba ismét bevezető rendelkezéseihez készült indokolás szerint közfeladat általában olyan feladat, amelyet egyébként az államnak vagy a helyi önkormányzatnak kellene megvalósítania.

A közfeladat kétségtől közigazgatási feladat, amelyhez a hegyközségnek megfelelő hatáskörökkel is rendelkeznie kell. Közfeladatnak minősül az is, ha az állam egy adott szakma (szőlészet, borászat) teljességét érintő kérdések eldöntésében való közreműködés céljából hoz létre szervezetet úgy, hogy az a feladat ellátásához szükséges hatáskörökkel is ellátja.

Közfeladatot tehát úgy is elláthat egy szervezet, hogy szőlészet és borászat szabályait érintő – saját tagjaira vonatkozó – szabályokat hoz létre, s ezeket szankcionálja. A közfeladat fogalma ebben az esetben szűkebb az általános hatósági jogkörnél.

E körben a szabályozás elsősorban a „belső” szabályozás, azaz a szervezet, a felépítés és a működés szabályainak megállapítását (vagyis alapszabály alkotását) jelenti, de kiterjed a tagok által folytatott szakmai, gazdasági tevékenység kérdéseire is.

A hegyközségek egyes ügyekben ügydöntő jogkörrel járnak el, más ügyekben pedig quasi szakhatóságként, szakvéleményezési, vagy eljáráskezdeményezésre irányuló jogait gyakorolva.

A hegyközség szakmai önszabályozásának alapja az ún. hegyközségi rendtartás, más névvel a hegyszabályok, amelyek meghatározzák a szőlő célszerű telepítésének és művelésének, a kártevők elleni egységes védelmének, a feldolgozás és a bor kezelése szabályait, illetve mindazt amit a minőségvédelem szempontjából maguk az érdekeltek szükségesnek tartanak. Ezek a szabályok csak a tagokra nézve kötelezőek, de köztük mindenkire. A hegyközség rendtartásában meghatározott szankciókat alkalmazza a rendtartási szabályok megsértése esetén.

Hatósági jellegű, a szőlészeti-borászati szakigazgatásba való bekapcsolódást jelentő feladata a hegyközségek számára a javaslattétel, illetve kezdeményezés joga a szőlő termőhelyi katasztermének kiegészítésére és módosítására, a hegyközség részt vesz a szőlőtelepítéssel és kivágással kapcsolatos engedélyezési eljárásban. Mint azt a bevezetőben már említettem, a döntési jogkör ebben a körben a Mezőgazdasági és Vidékfejlesztési Hivatal Központi Hivatalához delegált, aki a javaslat figyelembe vételével dönt más szervezetek szakhatóságként való közreműködése mellett.

Szintén közigazgatási jellegű ügy: szőlő, az asztali bor és a meghatározott termőhelyről származó minőségi bor származási bizonyítványának kiadása, a borászati üzem létesítésének és működtetésének engedélyezése kiadásának véleményezése.

A közigazgatási döntés meghozatalához kapcsolódik az engedély kiadása: ti. szőlő művelési ágban nyilvántartott termőföld esetében a művelési ág megváltoztatásához a hegyközség engedélye szükséges. Engedély nélküli kivágás esetén a művelési ág változás az ingatlan-nyilvántartásban nem vezethető át.

A hegyközségnek biztosítania kell az ültetvény megművelését. A hegybíró a műveletlenül hagyott ültetvény használóját megfelelő határidő biztosításával felszólítja, hogy a szükséges talaj- és növényvédelmi munkákat végezze el, illetve a szőlőt művelje meg. Ha a felszólítás eredménytelen, a hegybíró a határidő lejártát követő nyolc napon belül köteles erről tájékoztatni az illetékes körzeti földhivatalt.¹⁶

A közfeladat azonban nem korlátozható az igazgatási feladat (kötelező) ellátására. Az állam által igényelt adatszolgáltatás ellátása szintén közfeladatnak minősül. Ilyen feladatot a hegyközségek számára a bortörvény határoz meg.¹⁷

Ad f) A hegyközség közhatalmat gyakorol

A hegyközség feladatai és jogai között kétségtelenül szerepelnek közhatalmi-közigazgatási jellegű feladatok és jogok. A köztestületek jogszabályalkotási jogát a magyar jogi szabályozás nem ismeri el. Ugyanakkor valamennyi köztestületet statuáló törvény tartalmaz felhatalmazást normatív aktusok kibocsátására. Egyes esetekben ez nemcsak a köztestület szervezetét és működését rendező alapszabályra terjed ki, hanem a tagok életviszonyainak, vagy szakmájuknak különböző kérdéseit is érintheti.

A hegyközségeket, mint köztestületeket a tagjaira megállapított normatív aktusok kibocsátása (normaalkotás), továbbá döntési ügyekben adott egyetértési jog kapcsolja az államigazgatásba. Ez utóbbi jogot az előző pontban részletesen kifejtettem.

A hegyközség tagjainak közösségét megilleti a önkormányzás joga. Ennek keretében a hegyközség a működési területén kötelező érvényű szakmai szabályokat állapít meg, s ellenőrzi azok betartását, továbbá megállapítja a hegyközségi rendtartást. Ez az eljárása nem lehet ellentétes jogszabállyal. A hegyközség tagjait érintő közügyek önálló, demokratikus intézése, a közhatalomnak a hegy-

¹⁶ Lásd Htv. 43–45. §.

¹⁷ A 2004. évi XVIII. törvény 56. §-a szerint minden szőlő és bortermelő – beleértve a házikerti szőlőbirtokost is –, aki termékértékesítést végez, továbbá azt a személyt, aki a külön jogszabályban meghatározott adómentes szőlőbort vásárolt szőlőből állít elő-, valamint a felvásárló és a nem palackozott bort forgalomba hozó köteles a szőlőterületéről, a bor tárolására alkalmas eszközöiről, tárolóteréről, szüretelési, feldolgozási, értékesítési tevékenységéről nyilvántartást vezetni, adatokat szolgáltatni a hegyközségnek.

A nem hegyközségi települések esetén az adatszolgáltatási kötelezettséget a végrehajtási rendeletben meghatározott hegyközség részére kell teljesíteni.

Aki az adatszolgáltatást nem, vagy felszólítás ellenére hiányosan teljesíti, a termékére származási bizonyítványt nem kaphat, termékét nem értékesítheti és húszezertől százezer forintig terjedő bírsággal sújtható.

község tagjai érdekében való gyakorlása csak a jog által megállapított működési rendben történhet. Ha a hegyközség a normaalkotásra felhatalmazást kap, akkor a törvény meghatározza ezen hatáskör terjedelmét és annak korlátait is. Az eljárásokban az államigazgatási eljárásról szóló 1957. évi IV. törvény rendelkezései adnak iránymutatást.

A törvényes hatáskörében eljáró hegyközség határozatait, azok helyessége vagy jogszerűsége szempontjából a bíróság vizsgálhatja felül. A hegyközség és annak tagja között létrejövő olyan jogviszony végrehajtásában, melyet a belső normarendszer szabályoz, végső soron a bíróság mint a közhatalom letéteményese vesz részt, mert a törvényen alapuló, de a belső jogviszonyokból eredő jogok és kötelezettségek állami kényszer segítségével érvényesíthetők.

A közhatalmi jelleg kimutatható a köztisztviselő és tagjai viszonyában. A közhatalmi jogosítványok körébe tartozik különösen az ellenőrzési, intézkedési jogkör, illetve az, hogy a hegyközség felelősségre vonhatja tagjaikat az adott szakma szabályainak megsértése miatt (Htv. 41. §).

Miután a hegyközségnek, mint közhatalomnak a tagjai érdekében való gyakorlása kiterjed arra is, hogy a hegyközség közvetlenül szabályozzon olyan társadalmi viszonyokat, amelyeket magasabb szintű jogszabály nem szabályozott, az következik, hogy hegyközség hatáskörébe utalt feladatok – minthogy azokat törvény telepíti – a továbbiakban megszűnnek állami, vagy helyi önkormányzati szervek feladatai lenni: végrehajtásuk kizárólag az adott hegyközségre tartozik, azaz ezek az ügyek „kizárólagos” hatáskörébe kerülnek.¹⁸

Ad g) A hegyközséget jogszabály létesíti

Az csupán ténymegállapítás, hogy a köztisztviselő nem az egyesülési jog gyakorlása révén jön létre, hanem törvény rendeli alapítani; sőt, az is igaz, hogy e rendelkezési jog kizárólag a törvényhozóé, azaz senkinek sincs alanyi joga köztisztviselő létrehozására.

Közjogi személyt akkor indokolt jogi személyiséggel felruházni, ha feladatai szükségessé teszik, hogy a polgári jogi forgalomban részt vegyen. Miután a hegyközség a polgári jogi forgalomban részt vesz, ezért a jogszabály kimondja, hogy a hegyközség jogi személy.

A hegyközség a polgári jogviszonyokban önálló jogalany, és önállóan szerezhethet tulajdont.

A hegyközséget jogszabály hozza ugyan létre, létrejöttének időpontját azonban nem jogszabály határozza meg, mert a hegyközség a bírósági nyilvántartásba vétel jogerőssé válásával jön létre.

¹⁸ FAZEKAS MARIANNA: i. m. 210. p.

Ad h) A hegyközség gazdálkodást folytat

A hegyközségek ún. non-profit szervezetek. A szakmai koordinációt, a minőségvédelemmel, az eredetellenőrzéssel kapcsolatos tevékenységet – a törvény adta keretek között – a szervezet a tagjai érdekében folytatja, azok elhatárolásából. A Htv. kifejezetten tiltja a hegyközségi szervezetek számára, hogy üzletszerű, profitszerzésre irányuló gazdasági tevékenységet folytassanak. A célnak megfelelő működés során azonban adódhatnak olyan feladatok, amelyeket a szervezet nem tud közvetlenül, a saját szervezete útján megoldani (pl. a tagoknak különféle szolgáltatásokkal való ellátása), ezért lehetővé kell tenni, hogy – ez esetben sem profitszerzési céllal – létrehozzon olyan gazdasági tevékenységet végző szervezetet, amely az ilyen igényeket kielégíti. Ezért a hegyközségi szervezet létrehozhat közhasznú társaságot (Htv. 52. §).

A hegyközség legfontosabb bevételi forrása a hegyközségi járulék, amelyet évente a közgyűlés határoz meg. A kivetett járulékot és annak esedékességét a taggal írásban, a határozat reá vonatkozó részének kézbesítésével kell közölni. A hegyközségi járulékot szőlőtermelő esetén termőültetvényeinek területe, vagy termésmennyisége, illetve szőlőterületének aranykorona-értéke alapján; házikerti szőlőbirtokos esetén a termésének mennyisége; felvásárló esetén a felvásárolt szőlő, must, vagy bor mennyisége alapján kell meghatározni.

Az újonnan telepített szőlőterület után a telepítéstől számított négy évig nem kell járulékot fizetni.

A hegyközségi járulékot a tag az adózás szempontjából költségként számolhatja el. „Meg nem fizetés esetén a járulékot – a hegyközség javára – közadók módjára kell behajtani.” [Htv. 53. § (2)–(4) bek.].

A fentiekből következik, hogy a járulék nem adó, hiszen nem az állam határozza meg mértékét, nem az adóhatóság szedi be és nem az állam állapítja meg fizetési módját. Ennek ellenére meg nem fizetés esetén a járulékot – a hegyközség javára – közadók módjára kell behajtani. A járulék fizetéshez a tagsági viszonyból fakadó jogosultság érvényesítése kötődik: nem tarthat igényt a tag az ún. származási bizonyítvány igénylésére, ha a járulékot nem fizette meg.

A hegyközség, mint köztestület működéséhez szükséges további források felsorolását a Htv. 53. § határozza meg: e szerint a hegyközség bevétele még: az általa nyújtott szolgáltatásért fizetendő díjak, a részére törvény által átadott feladatok ellátásához szükséges, költségvetési pénzeszközök, a pénzbírságokból származó bevételek, az adományok továbbá egyéb, az alapszabályban meghatározott bevételek.

A költségvetési támogatás évről évre változik, a Magyar Köztársaság 2004. évi költségvetését szabályozó 2003. évi CXVI. törvény a hegyközségek állami feladatainak ellátását 800 M forinttal támogatja.

Ad i) A hegyközség a közigazgatáshoz tartozik

A köztestületi minőség leggyakrabban vitatott eleme a közigazgatási szervezetrendszerhez tartozás kérdése. A tiltakozás rendszerint az ellen irányul, hogy az állam közigazgatás örve alatt „állami szervezetté” minősíti a köztestületet. Ezért ezen köztestületi jegy vizsgálatánál azt kell elemeznünk, hogy van-e a hegyközségnek autonómiája, s ha igen, az miben testesül meg.

A Htv. szerint „a hegyközség saját alapszabályában határozza meg szervezetiének és működésének rendjét, a szervezetére és szerveinek működésére vonatkozó szabályokat, a gazdálkodására vonatkozó alapvető szabályokat.” (Htv. 11. §).

Továbbá „a hegyközség – feladatainak ellátása körében – a szőlő- és borkelésre vonatkozó jogszabályban meghatározott keretek között a működési területén kötelező érvényű szakmai szabályokat állapít meg, s ellenőrzi azok betartását, továbbá a hegyközségi rendtartás (hegyszabályok) keretében meghatározza a célszerű telepítés és művelés, az ültetvények rendje, a szőlőkárosító elleni egységes növényvédelem, a szüretelés, a feldolgozás, valamint a bor helyi sajátosságoknak megfelelő készítése szabályait, továbbá más, a minőségvédelem szempontjából fontosnak ítélt szakmai követelményeket.” (Htv. 39–40. §).

A felhívott jogszabályhelyekből megállapítható, hogy a hegyközség a szervezetére és működésére vonatkozó ügyekben – a jogszabályi keretek között – a szabályozás jogát szabadon gyakorolja. Miután ezekben az ügyekben önállóan szabályoz, döntése kizárólag törvényességi okból vizsgálható felül, azaz az így hozott rendelkezései nem lehetnek ellentétesek jogszabállyal. A hegyközségek számára biztosított döntési kompetencia, amelyet a hegyközségek számára a Htv. biztosít, egyben a hegyközség autonómiájának törvényi garanciáit is adja.

A hegyszabályok csak a hegyközség működésének szervezeti, személyi és anyagi feltételeinek megteremtéséhez kapcsolódhatnak, azaz a hegyközséget megillető autonómia nem feltétlen és nem korlátlan. A szabályozás a törvényben meghatározott feladatokhoz van kötve, az autonómia ezért csak abban jelenik meg, hogy a hegyközség a törvényi szabályozás adta mozgástéren belül dönthet szabadon a feladatok ellátásának módjáról. A hegyközség alkotta hegyszabályok, tehát a törvényi keretszabályokat töltik ki konkrét tartalommal.

A hegyszabályok a közhatalom helyi gyakorlásának normatív formában való megtestesülését is jelentik. Álláspontom szerint ezért komoly – a hegyközségi autonómiát védő – garancia lenne az, ha a hegyközségekre nézve feladatot és hatáskört csak törvény állapíthatna meg.

A fenti elemzésből leszűrhető az a következtetés, hogy a hegyközség nem az állam meghosszabbított karja, hanem közigazgatásnak olyan alkotórésze, amelynek törvényekben garantált jogait az állam biztosítja akként, hogy a feladatok ellátásához közhatalmi eszköztárat biztosít.

Ad j) A hegyközségre speciális törvényességi felügyelet vonatkozik

A hegyközségre is vonatkozik az a tétel, amely szerint a köztestület felett megvalósul az állami felügyelet, amelynek része a törvényességi felügyelet. Az állami felügyelet jogosítványai az állam szervei számára biztosítják a köztestületek által ellátott közfeladatok kontrollját és egyben megteremtik az állami beavatkozás lehetőségét az állam által képviselt érdekek védelmében. A Htv. szerint a hegyközségek feletti törvényességi felügyeletet a földművelésügyi és vidékfejlesztési miniszter gyakorolja, aki azonban ezt a jogkörét a földművelésügyi hivatalokra ruházza át. A megyei földművelésügyi hivatal hegyközségek feletti törvényességi felügyeleti ellenőrzésre vonatkozó illetékességét az adott megye területén található hegyközségek székhelye határozza meg.

A törvényességi felügyelet elsődlegesen az ellenőrzési feladatok ellátását jelenti. Így a földművelésügyi hivatalok vizsgálják és folyamatosan figyelemmel kísérik, hogy:

- a hegyközség alapszabálya és más önkormányzati szabályzatai megfelelnek-e a jogszabályi követelményeknek és összhangban vannak-e egymással, továbbá
- a hegyközség belső szervezeti egységei, tisztségviselői által hozott határozatok nem ütköznek-e jogszabályba, alapszabályba, illetve más önkormányzati szabályzatba.

A vizsgálat úgy valósul meg, hogy a földművelésügyi hivatalok az illetékességi körükbe tartozó hegyközségektől folyamatosan megkérlik a hegyközség testületi üléseiről (így: a közgyűlési, választmányi, ellenőrző bizottsági ülésről) készült jegyzőkönyvek egy-egy példányát törvényességi felügyeleti vizsgálat céljából.

A megyei földművelésügyi hivatal jogosult és egyben köteles az általa feltárt, illetve észlelt jogszabálysértés megszüntetése érdekében törvényességi felügyeleti intézkedés kiadását kezdeményezni. Az intézkedés kiadásának kezdeményezésekor a jogsértést konkrétan meg kell jelölni. Ezt követően a földművelésügyi és vidékfejlesztési miniszter intézkedik, aki az általa kiadmányozott intézkedés egy másolati példányát a végrehajtás figyelemmel kísérése céljából a megyei földművelésügyi hivatalnak is megküldi.

A felügyeleti intézkedés végrehajtását a földművelésügyi hivatal szükség szerint utóellenőrizni köteles. Amennyiben azt tapasztalja, hogy a felügyeleti intézkedés végrehajtása nem történt meg, ismételten jelzéssel fordul a földművelésügyi és vidékfejlesztési miniszterhez, aki – döntésétől függően – a hegyközség működésének törvényessége helyreállítása érdekében keresettel fordulhat a bírósághoz.

Felmerül a kérdés, hogy a földművelésügyi és vidékfejlesztési miniszter perindítási jogosultsága kiterjed-e a hegyközségek gazdasági döntéseinek felülvizsgálata vonatkozásában, vagy nem.

Álláspontom szerint: nem. A földművelésügyi és vidékfejlesztési miniszter a törvénysértő határozat, belső szabályzat és szervezeti kérdés bírósági felülvizsgálatára terjed ki, a mérlegeléssel hozott döntésnek kizárólag a jogszerűségét vizsgálhatja, vagyis azt, hogy a hegyközség döntései megfelelnek-e a jogszabályoknak. Ebből következik, hogy a felülvizsgálat csak a bírósági hatáskörbe tartozó kérdésekre terjed ki, a keresetösségi joga erre a körre korlátozódik. Erre tekintettel nyilvánvaló az is, hogy a földművelésügyi és vidékfejlesztési miniszter által – a törvénysértő határozat felülvizsgálata iránt törvényességi ellenőrzési jogkörében – kezdeményezett per közigazgatási pernek minősül arra való tekintet nélkül, hogy a határozatot, belső szabályzatot vagy egyéb döntést a hegyközség hatósági, vagy egyéb jogkörben eljárva hozta-e meg.

A közigazgatási perre jellemzően a peres felek egymással nem mellérendeltségi jellegű, polgári jogi jogviszonyban, hanem szervezeti jellegű államigazgatási jogviszonyban állnak. A kereseti kérelem az állam törvényességi felügyeleti joga érvényre juttatását, a közérdek, a törvényesség védelmét szolgálja.

„A bíróság

- a) megsemmisíti a hegyközségi szervezet jogsértő határozatát és – szükség szerint – új határozat hozatalát rendeli el;
- b) a működés törvényességének helyreállítása céljából összehívhatja a hegyközségi szervezet legfőbb önkormányzati szervét;
- c) a hegyközségi szervezet tevékenységét felfüggesztheti, vagy ha a törvényes működés nem állítható helyre, a hegyközségi szervezetet feloszlathatja.”

Ha a hegyközséget feloszlatták, azt az ítélet jogerőre emelkedését követő hatvan napon belül újból meg kell alakítani. Ha a felfüggesztést vagy feloszlatást követő öt éven belül a bíróság a hegyközséget ismételt feloszlatja, vagy tevékenységét felfüggeszti, a település borvidéki vagy bortermőhelyi besorolása – e törvény erejénél fogva – az ítélet jogerőre emelkedésének napjával megszűnik (Htv. 57–58. §).

*

Összegezésül megállapíthatjuk, hogy a hegyközségek szabályai a bortörvény hatályba lépésével változtak, ennek során jogosítványai részben csökkentek, részben kiegészültek, de összességében a hegyközség köztisztviselői jegyei változatlanok maradtak.

Csökkentek a jogosítványai annyiban, hogy a telepítés és a kivágás engedélyezése a hegybíró hatásköréből a Mezőgazdasági és Vidékfejlesztési Hivatal hatáskörébe került. Ez a döntés indokolható azzal a ténnyel, hogy a jövőben a hivatal keretén belül jönnek létre a kifizetőügynökségek, s mivel a telepítéshez támogatás vehető igénybe, a kivágás pedig újratelepítési jogot keletkeztet, cél-

szerű, hogy az engedélyezési, támogatási és az ezekkel kapcsolatos regisztrációs feladatok egy hatóságnál összpontosuljanak.

Nöttek a hegyközség jogosítványai annyiban, hogy a törvény kiegészíti a hegyközségek jogát az Európai Unió által is fontosnak tartott eredetvédelem ellátásával.

Ugyanakkor a hegyközségre vonatkozó törvény módosításával a hegyközségen, mint köztestületen belül a közhatalmi jogosítványok egy része a testületi szervektől – nevesítetten – a hegybíróhoz került.

Négy közigazgatási hatáskör illeti meg a hegybíró:

- a telepítés és a kivágás engedélyezésével kapcsolatban a hegyközségek véleményezési jogkörét a hegybíró gyakorolja,
- egy másik fontos jogosítvány is szőlőültetvény kataszterének vezetése a hegybírók jogköre. A szőlőültetvény-katasztert a jogharmonizációs követelményeknek megfelelően létre kell hozni. A bortörvénybe beépült új rendelkezések meghatározzák az ültetvénykataszter tartalmát, az ültetvények jellemzőit valamint a használók személyes adatait. A jogalkotó szerint a kataszter naprakész vezetését a hegybíró tudja ellátni,
- a származási bizonyítványok kiadása jogköre is a hegybíróé,
- ezen túlmenően kiegészül a hegybíró hatásköre az eddigi nyilvántartáson és adatkezelésen kívül esett termelők, felvásárlókra vonatkozó adatok szolgáltatásával is.

A hegyközségek, mint köztestületek, amennyiben a szakmai képzési előírásoknak a közigazgatási feladatot ellátó személy megfelel, úgy alkalmasak a szőlőtermeléssel és a borgazdálkodással összefüggő államigazgatási feladatok ellátására, ezért erősödhet ebbéli szerepük a jövőre nézve.

PÁL BOBVOS

EINIGE BEMERKUNGEN ÜBER DEN CHARAKTER DER WEINGEMEINEDEN, ALS ÖFFENTLICHE KÖRPERSCHAFTEN

(Zusammenfassung)

Mit dem Beitritt von Ungarn der Europäischen Union gilt auf dem Gebiet der Weintraubenproduktion und der Weinbauwirtschaft eine doppelte Regelung in einem zweifachen Sinne:

- a) de iure bilden den einen Teil der auf die Branche geltenden Rechtsnormen, die die Union direkt regelt, diese Rechtsnormen bilden im

Zeitpunkt des Beitrittes direkt den Teil des ungarischen Rechtssystems, der andere Teil der Regelung ergibt sich durch die Regelung in der nationalen Kompetenz,

- b) de facto ist die nationale Regelung in zwei Gesetzen zu finden: sie erscheint im Gesetz über die Weintraubenproduktion und die Weinbauwirtschaft bzw. über die Weingemeinde. Im Aufsatz analysiert der Autor den Charakter der Weingemeinden als öffentliche Körperschaften, d.h. er analysiert, dass die Weingemeinde
- c) mit einer Personenvereinigung entstehende Rechtsperson ist,
- d) die über eine registrierte Mitgliedschaft verfügt,
- e) deren Organisation durch Gesetz festgestellt wird,
- f) deren innere Funktion sich auf dem Prinzip der Selbstverwaltung beruht,
- g) die öffentliche Aufgaben betreut,
- h) die eine öffentliche Macht ausübt,
- i) die durch eine Rechtsnorm entsteht,
- j) die bewirtschaftet,
- k) die dem System der öffentlichen Verwaltung gehört,
- l) auf die sich eine spezielle Aufsicht über die Einhaltung der Gesetzlichkeit bezieht.

Während der Analyse sucht der Autor die Antwort auf die Frage, ob die Weingemeinde als öffentliche Körperschaft erfolgreich ihre öffentlichen Aufgaben, die mit der Weintraubenproduktion und der Weinbauwirtschaft zusammenhängen, betreuen kann.

Új szabályozási elvek, intézmények büntetőeljárási jogunkban

A büntetőeljárás 2003. július 1. óta hatályos joganyaga több jogforráson alapul. Ezek között alapvető a büntetőeljárásról szóló 1998. évi XIX. törvény (Be.), melynek szabályrendszerén azonban jelentős módosításokat végzett különösen a 2002. évi I. törvény, valamint a 2003. évi II. törvény. A Be. megalkotása előtt és után keletkezett szervezeti és egyéb tárgyú jogszabályok is érintették a büntetőeljárási jog területét. Ezért a büntetőeljárási jog hatályos szabályainak áttekintése céljából napjainkban legcélszerűbb a joganyag ún. egységes szerkezetben történt összeállítását igénybe venni (Igazságügyi Közlöny 2003. évi 2. szám, továbbá azóta számos más kiadvány).

Az (új) büntetőeljárási törvény koncepciójának közzététele [2002/1994. (I. 17.) Korm. hat.] óta eltelt évtizedben a gyakorlat és az elmélet, a jogalkotás és a jogalkalmazás nézőpontjaiból volt mód megvitatni a *de lege ferenda* elgondolásokat különböző fórumokon és publikációkban, még azt követően is, hogy a törvényhozás a büntetőeljárási kódexet 1998-ban megalkotta. A napvilágot látott sok, sokféle és sokoldalú szempont lehető érvényesítésének szándéka tükröződik is a hatályos büntetőeljárási jogszabály-anyagban, amelynek §-száma éppen 50 %-kal nagyobb, mint az előző kódexé volt.

Áttérve a mennyiségről a minőségre és sommás megfogalmazást használva, kellő tárgyilagossággal megállapítható: hatályos büntetőeljárási jogunk, a *maga egészében*, úgy ahogy ma az egységes szerkezetben rögzítve „megjelenik”, alapvető és részletes rendelkezéseinek többségében kétségtelenül *korszerűbb* az előzőnél. Azt a felismerést fejezi ki, hogy az új bűnelkövetési formák, módszerek felderítése, leleplezése, az elkövetők mielőbbi felelősségrevonása tökéletesített és hatékonyabb eljárási módok, eszközök törvényi szabályozását igényli, de egyúttal az emberi jogok és az eljárás résztvevői jogosítványainak fokozott biztosítását is.

Éppen annak következtében, hogy büntetőeljárási jogunk újraszabályozására, korszerűsítésére viszonylag széles keretekben került sor – noha egyes reform-elgondolások (pl. kétfokú fellebbviteli rendszer) egyelőre nem valósultak

meg és más kérdésekben is, többféle módosításokkal, lényegében megmaradt a korábbi szabályozás – természetesen tekinthető, hogy az új szabályozási elvek, újabb intézmények szakmai vitákat válthatnak ki. Ugyanakkor észrevételek, más álláspontok megemlézése nem feltétlenül jelenti – miként az alább következőké sem – az új törvényi rendelkezések (pláne sürgös) módosításának igénylését. A megjegyzések, észrevételek egy-egy új szabályozás értelmezési kérdéseire, elméleti-gyakorlati következményeire, esetleges eltérő megoldásának lehetőségére hívhatják fel a figyelmet, melyeknek tanulságai az élet és a jog fejlődésének végtelen folyamatában valamikor, valamilyen körülmények között talán még hasznosíthatók is lehetnek.

A büntetőeljárás részlet-szabályait, intézményeit, szakaszait, a hatóságok és a résztvevők jogállását meghatározó-befolyásoló, a kódex I. Fejezetében elhelyezett *eljárási alapelvek* körében bizonyos érdemi (tartalmi) újítások következtek be. A korábbi alapelvek jórésze megmaradt, de fontos új alapelvek is megfogalmazódtak: jog a bíróság eljárásához; a bizonyítási teher; az önvádra kötelezés tilalma. Az ún. processzuális alapelvek (nyilvánosság, közvetlenség, szóbeliség) nem alapelvekként és nem itt, hanem a hozzájuk tartozó részletes rendelkezések között vannak elhelyezve mint elvi jelentőségű szabályok (pl. a nyilvánosság a bírósági tárgyalásnál).

Az alapelvek meghatározása, rendszerezése kérdésében elfoglalt jogalkotói álláspont nem is ad okot észrevételezésre, miként az alkalmazott új terminológia sem. (Az elméleti minősítésnek tartott „alapelvek” helyett az „általános rendelkezések” elnevezés; l. az I. Fej.-hez fűzött min. ind.) Annyit mégis meg lehet jegyezni: a *közvetlenség a tárgyaláson* talán megérdemelte volna alapelvekként való formális deklarálását a kódex élén (kivételekkel való megszorítással természetesen), még akkor is, ha az elkerülhetetlen „modern” processzuális megoldások (tanúvédelem; bizonyítás, tárgyalás, vádlott jelenléte nélkül folytatható eljárások stb.) már igencsak megtépázták ennek az alapelvnek hajdani klasszikus rangját az igazságszolgáltatást teljesítő büntetőeljárásban.

A *bíróságok hatáskörének* megállapításánál különféle – köztük *elvi* – szempontok játszhatnak szerepet; nem utolsó sorban az is, hogy az első fokon eljáró bíróságok közül, bizonyos időszakokban, melyik munkaterhének csökkentése, arányosítása mutatkozik szükségesnek. A Be. hatásköri szabályai ilyen értékelésben a helyi bíróságokat részesítik. Ennek folytán a megyei bíróságnak mint első fokú bíróságnak a hatásköre a korábbihoz képest jelentősen bővített, de még inkább az lesz 2005. január 1-jét követően, amikortól további – a legsúlyosabb minőségű gazdasági és vagyoni elleni – bűncselekmények tárgyában fog a megyei bíróság ítélni első fokon. [Be. 16. § (1) bek. h) pont, 2003. évi II. törvény 29. § (2) bek., 88. § (3) bek.] A megyei bíróság mint első fokú bíróság e – kétségtelenül túlzottnak látszó – hatásköre nyilván összefügg azzal, hogy az említett időponttól már öt ítélőtábla fog működni. Az első fokú bírósági hatáskör jelentős bővítése ugyanis szükségszerűen kihat az érintett másodfokú bíróság munkaterhére is.

De a jövőbeli hatásköri szabályozással összefüggésben más fejlemények is figyelembe jöhetnek. Nevezetesen az a kérdés, hogy a – jelenleg nyugvóponttra még nem jutott (Vö. 2003. évi II. törvény Ált. Ind. II. pont 7.) – rendes jogorvoslati rendszer egyfokú marad-e, avagy kétfokúra változik. Ha a már jelenleg is négyszintű bírósági rendszerben a rendes bírósági jogorvoslat *ismét kétfokú* lesz (lásd 1896. évi XXXIII. tc.), kétségesse válhat a Legfelsőbb Bíróság kizárólag rendkívüli jogorvoslatokra korlátozódó hatáskörének fenntarthatósága (l. a régi Curia rendes harmadfokú jogorvoslati hatáskörét) és természetesen felmerül maguknak a rendkívüli jogorvoslatoknak újraszabályozási igénye is. Avagy, ha mégsem, a maradó, lehetséges – kissé „merész” – megoldás: első fokú hatásköre csak a – szakmailag jelentősen megerősített – helyi bíróságoknak lenne, a másodfokú ítélezést a megyei bíróságok, a harmadfokút az ítélőtáblák gyakorolnák.

Az ügyész jogállását és feladatait részben új szabályozási elvek érvényesítésével határozta meg a Be. Ennek jelentősége abban van, hogy az ügyész, a nyomozástól kezdve az eljárás minden szakaszában tevékenykedik, még a jogerő után is (rendkívüli jogorvoslatok) és a külön eljárásokban is. Az ügyész eljárási jogosítványai és kötelezettségei sajátos és kiemelt jelentőséget kapnak a nyomozás lefolytatásának, illetőleg a nyomozó hatóságok feladatkörének összefüggéseiben. Általánosságban megállapítható, hogy az új szabályozás, koncepciójában és a részletes rendelkezésekben, egyértelműen az ügyész meghatározó szerepét biztosítja a nyomozásban. Az ügyész rendelkezési, utasítási joga azokban az esetekben is érvényesül, amikor egyébként a nyomozást a nyomozó hatóság önállóan teljesíti. A legfontosabb határozatokat a nyomozás során fősza-bályként az ügyész hozza, de bizonyos kérdésekben a nyomozó hatóság is határozhat, illetőleg intézkedhet.

Az ügyész és a nyomozó hatóság viszonyában az ügyészi rendelkezési, utasítási jog gyakorlása formáinak szabályozása (szóbeliség, írásbeliség, tájékoztatás), elvi és gyakorlati jelentőségénél fogva, indokolt (Be. 165. §). A garanciális megfontolások (helyesen) differenciált érvényesülése nyilvánul meg abban, hogy egyes, a nyomozó hatóság által meghozható határozatokhoz, elvégezhető nyomozási cselekményekhez a törvény előírja az ügyész engedélyezését, jóváhagyását vagy hozzájárulását. [talán az utóbbiakat illetően egységes megfogalmazás is lehetséges lett volna; vö. 178. § (2) bek., 178/A. § (1) és (3) bek., 192. § (1) bek.]

A nyomozásban az ügyész jogállása, illetőleg a nyomozó hatósággal való kapcsolata tekintetében – a részleteket illetően – bizonyára elképzelhetők más megoldások és felmerülhetnek vitás kérdések is. Ebben az „érzékeny” problémakörben azonban elsődlegesen a nyomozás alapvető feladatát kell szem előtt tartani. Ez pedig az, hogy a nyomozásban a tényállás tisztázásával lehetővé váljék az ügyész számára a döntés abban a kérdésben, hogy a konkrét ügyben folytatott nyomozás eredménye alapján *vádat emel-e* [Be. 28. § (3) bek., 164. § (2) bek.]. Ebből pedig logikusan következik, hogy a vádemelés kérdésében való

ügyészi állásfoglalás *alapját és „anyagát”* szolgáltató nyomozás kereteinek, eszközeinek meghatározásában is döntő szerepe kell, hogy legyen az ügyésznek. Mindez semmi esetre sem érintheti a nyomozó hatóságnak szakmai (módszerbeli, kriminalisztikai) vonatkozásban fennálló, viszonylagosan széleskörű önállóságát.

A nyomozás tárgykörében – a nyomozási cselekményeket érintő más rendelkezések mellett – újszerű az a szabályozás, amely a *nyomozó hatóság egyéb adatszerző tevékenységére* vonatkozik (Be. 178., 178/A. §). Ezek, többek között, lehetővé teszik a nyomozó hatóság számára bizonyítási eszközök létezésének, hollétének felderítése érdekében: a rendőrség adatkezelési bázisainak igénybevételét, bárkitől adatok, okiratok rendelkezése bocsátásának, különféle szervektől vizsgálat tartásának, kár megállapításának, felvilágosítás-adásának kérését; továbbá: a tényállás felderítése érdekében, ügyészi jóváhagyással, a gyanúsítotttól adatok szolgáltatásának igénylését az adóhatóságtól, egészségügyi és más szervektől, különböző nyilvántartásokból. Garanciális rendelkezés, hogy az ilyen adatokról készített jelentést (az okiratokra vonatkozó szabályok szerint), illetőleg a szervektől kapott adatokat csak az ügyész és csak a vádemelés megalapozását szolgáló bizonyítékként használhatja fel (vádemelés hiányában az adatokat törölni kell).

Az előbbiekből kitűnik, hogy az eljárási törvény ma már nemcsak a nyomozás processzuális kereteinek, hanem – a lehetséges mértékben – tartalmi elemeknek szabályozására is figyelmet fordít.

A Be.-nek a *bírói engedélyhez kötött titkos adatszerzést*, valamint a *nyomozási bíró* eljárását érintő, külön fejezet-címekbe foglalt rendelkezései egyrészt szervesen beletartoznak a nyomozást felölelő joganyagba, másrészt bizonyos vonatkozásokban újszerű szabályozási elvek érvényesülnek bennük. A korszerűsített büntetőeljárásban mindkét említett intézmény szabályozására kétségtelenül szükség van.

A bűnelkövetési formák változatossága, bonyolult, rejtett módszerei, ezekben a technika és a tudomány legújabb vívmányainak „hasznosítása” miatt, különös tekintettel a mindjobban szervezetté és nemzetközivé váló bűnözés megnyilvánulásaira, szinte lehetetlen volna a nyomozási-felderítő munka *titkosan* alkalmazott nyomozási eszközök, módszerek igénybevétele nélkül. Ugyanakkor az emberi jogok, alkotmányos jogok korlátozásával járó titkos adatszerzést, annak célját, feltételeit, alkalmazási körét, eszközeinek, módszereinek többségét, eredményeinek felhasználását nyilvánvalóan helyesebb a büntetőeljárási törvényben szabályozni, mint a valóságban amúgy is meglevő alkalmazásukat egyszerűen tudomásul venni. A Be. idevonatkozó szabályozása kellő figyelemmel van e témakör sajátos, összetett jellegére, a bírói engedélyezés szempontjaira, valamint a csakis a nyomozási szakaszban végezhető titkos adatszerzés végrehajtásában az ügyész és a nyomozó hatóság feladataira.

Az előbbieken megfogalmazottakhoz hasonló, általános és lényegében pozitív jellegű megállapítások tehetők a Be.-nek a *nyomozási bíró* működését

szabályozó rendelkezéseivel kapcsolatban is. A Be. a nyomozási bíró jogállását, eljárását, döntési jogkörét a régi magyar eljárási jogban (1896. évi XXXIII. tc.) már létezett és egyes jogrendszerekben ma is funkcionáló vizsgálóbíróéhoz részben hasonló, részben attól elérő modell alapján határozza meg. Mindenesetre eljárásjogunkban új intézményről van szó, amelynek lényege: a vádirat benyújtása előtt, azaz a nyomozási szakaszban felmerülő bírósági feladatokat a megyei bíróság elnöke által kijelölt bíró – a nyomozási bíró – látja el [Be. 207. § (1) bek.]. A nyomozási bírónak – egyéb feladatai (a tanú különösen védetté nyilvánítása, kihallgatása, a megszüntetett nyomozás folytatásának elrendelése, a titkos adatszerzés engedélyezése, bizonyos esetekben bizonyításfelvétel stb.) mellett – legjelentősebb jogosítványa: döntés a nyomozás során a személyi szabadság elvonásával (korlátozásával) járó és egyes más kényszerintézkedések tárgyában [Be. 207. § (2) bek.].

A nyomozási bíró eljárása indítvány, többnyire az ügyész indítványa alapján indulhat meg. Ugyanakkor a törvényi szabályozásban (Be. 209. §) az ügyészi, illetve a nyomozási bírói jogkör elhatárolódása fejeződik ki: a nyomozó bíró eljárására a bírósági eljárás általános szabályait kell – eltérésekkel – alkalmazni; továbbá: ha a nyomozási bíró azt észleli, hogy a nyomozás felfüggesztésének vagy megszüntetésének van helye, az ügyészt értesíti, vagyis: a nyomozási bíró nem nyomozó bíró.

Az ismertetett helyes elvi állásponttal azonban nem minden részletrendelkezés van összhangban. Pl. a Be. 213. § (2) bek.-e szerint: „A különösen védett tanú kihallgatása során a nyomozási bírónak fel kell tárnia és ... ellenőriznie a tanú szavahihetőségét, tudomásának megbízható voltát, és azokat a körülményeket, amelyek vallomása hitelt érdemlőségét befolyásolhatják.” Ezek lényegében nyomozási-felderítési teendők végzésére vonatkozó előírások a nyomozási bíró számára. Egy másik rendelkezés szerint [Be. 207. § (3) bek.] pedig a nyomozási bíró [a már idézett – 207. § (1) bek. – alapvető rendelkezéssel szemben] nyilván nem a vádirat benyújtása előtt tevékenykedik akkor, amikor a tárgyalás előkészítése során vagy a tárgyaláson történt bírósági rendelkezés folytán a különösen védett tanút ismételten kihallgatja [268. § (3) bek., 305. § (3) bek.].

Kisebb kiegészítések fűzhetők a *terheltet* érintő néhány törvényi rendelkezéshez. Korunk bűnözési viszonyai között (szervezett, nemzetközi jellegű bűnözés), az amúgy is nagy nehézségekkel küzdő felderítő-nyomozati munka eredményességének javítása érdekében van szükség olyan processzuális megoldásokra, mint az *együttműködő gyanúsított* esetében a büntetőeljárástól való „eltekingés”. [A feljelentés elutasítása, valamint a nyomozás megszüntetése, Be. 175. § (1) bek. és 192. § (1) bek.; nem szólva itt a fedett nyomozó alkalmazásáról.] Mégis elgondolkodtató, mennyire bonyolult értékelést igényel annak megállapítása, hogy a gyanúsított vállalt, beígért „szolgáltatása” (közlései, információi, lényegében *vallomása*) adott esetekben milyen megbízhatósági (valószínűségi) alapokon nyugszik, amelyekre építve kell megítélni a kisebb

vagy nagyobb nemzetbiztonsági, bűnüldözési, büntetőjogi érdeket. E komplex feladat teljesítésével dől el az indokoltsága a büntetőeljárástól való szabadulásnak, ami az együttműködés nem csekély ellentételezése és ami talán a törvény előtti egyenlőség elvét is sérti.

Bizonyára hasznos lehet ez a jogintézmény a gyakorlati alkalmazás jól megválasztott – mondhatjuk úgy is, „szerencsés” – eseteiben, de azért ma is megszívlelendő *Finkey Ferenc* kissé régi keletű – áttételekkel azonban a most tárgyalat kérdéskörben is helytálló – intelme: „Óvatossággal kell eljárni a terheltárs nyilatkozatával szemben, midőn igen gyakran egyik terhelt a másiknak alaptalan vádolásával igyekszik magát megmenteni.” (A magyar büntető perjog tankönyve. IV. kiadás, Budapest, 1916. 304. p.)

A bírósági tárgyaláson, érdemi kihallgatása előtt „a vádlottnak lehetőséget kell adni arra, hogy röviden összefoglalva kifejtse a váddal kapcsolatos álláspontját” és ennek során „a vádlott, illetőleg védője – ha ezt szükségesnek tartja – kitérhet arra is, hogy a védelem érdekében milyen bizonyítás lefolytatását indítványozza” [288. § (3) bek.].

Ezek az új törvényi rendelkezések feleslegesnek látszanak, sőt a szöveg első fordulatóban lehetőségként megfogalmazottak, ha élnek vele, esetleg zavart keltők is lehetnek, éppen a vádlott később következő érdemi vallomásával való összefüggései folytán. (Még akkor is, ha a bizonyítás szempontjából csak a vallomásnak van jelentősége.) Amellett a „rövidség”, az „összefoglalás”, a „váddal kapcsolatos álláspont” olyan általánosságok, amelyekbe, mint relatív fogalmakba az ügynek minden néven nevezendő – ténybeli, jogi – vonatkozása belefoglalható. Kérdés, hogy mindez a tárgyaláson a processzuális célnak – a bíróság, az ügyfelek és mások általános tájékoztatásának – az elérését mennyiben szolgálhatja. Az viszont valószínű, hogy a tanács elnökének igen gyakran kell gyakorolnia tárgyalásvezetési jogosítványait annak érdekében, hogy a vádlott bevezető nyilatkozata megkülönböztethető legyen a tárgyalás eredményét összegző perbeszédétől. Erre az idevágó miniszteri indokolás méltán hívja fel a figyelmet.

Az pedig, hogy a tárgyaláson a vádlott általános „bevezető” nyilatkozata kapcsán a vádlott, illetve a védő „kitérhet” bizonyítás indítványozására is, az egyébként valóban alapvető fontosságú védelmi jogosítvány túlszabályozásának tekinthető. Ugyanis a védelmet szolgáló indítványok lehetőségét (a védőre: kötelezettségét) számos törvényi rendelkezés biztosítja az eljárás minden szakaszában, így a bírósági eljárásban különösen: a tárgyalás előkészítése során: 263. § (2) bek. (a vádirat közzlése), 268. § (1) bek. (intézkedés eljárási cselekmény elvégzése iránt), 279. § (2) bek. (idézés, értesítés a tárgyalásra); a tárgyalással kapcsolatban: 243. § (a tárgyaláson résztvevők jogosítványaként), 285. § (1) bek. (a tárgyaláson a bizonyítás sorrendje szabályozásánál). E lehetőségek felhasználása esetén a védelem szempontjából lényeges bizonyítás irányai tehát (amelyeknek „körvonalazására” a min. ind. a vádlott tárgyalási bevezető nyilat-

kozatát igen alkalmasnak tartja) legtöbbször már a tárgyalás előtt megismerhetők a bíróság, sőt az ügyész számára is.

A *tanúvallomás* tárgykörében részben a korábbi tételes jogban is már ismert, részben új szabályozási elvek érvényesülnek a Be.-ben. Az új, illetve újra szabályozott rendelkezések a tanú eljárási helyzetének erősítése, védelmének fokozása irányában hatnak. A hatályos szabályozás összességében kétségtelenül javíthatja a tanúvallomásnak, ennek a fontos személyi bizonyítási eszköznek a hatékonyságát a gyakorlatban.

Mindamellet az egyik, új jogintézmény bevezetésének indokoltsága, nevezetesen a tanú érdekében meghatalmazott *ügyvéd* eljárásának lehetővé tétele vitatható. A tanúnak a jogairól való felvilágosítása ugyanis, amit a törvény a tanú érdekében eljáró ügyvéd feladataként jelöl meg (Be. 80. §), a büntetőügyekben eljáró hatóságok általános tájékoztatási kötelezettségének körébe tartozik. [Az eljárás minden szakaszában: 62. §, a tanút illetően a mentességi okokra: 82. § (2) bek.] A tanú ügyvédjének adott egyéb törvényi jogosítványok [a tanúkihallgatási jegyzőkönyv megtekintése, arra észrevételek, indítványok; 85. § (4) bek., 251. § (3) bek.] pedig egyrészt inkább a tanú által személyesen gyakorolhatóknak látszanak, másrészt nem kívánatos vitákra adhatnak alkalmat a gyakorlatban azzal a törvényi tilalommal kapcsolatban, amely szerint a tanú érdekében eljáró ügyvéd „a vallomást nem befolyásolhatja” [85. § (3) bek.].

A Be. 85. §-ának (5) bekezdése a bíróságot, az ügyészt, illetve a nyomozó hatóságot felhatalmazza annak engedélyezésére, hogy a tanú szóbeli kihallgatását követően vagy helyette *írásban* tegyen vallomást. Bizonyos vonatkozásokban ez az új szabályozás is észrevételezhető. Első sorban is abból a szempontból, hogy az írásbeli tanúvallomás túl széles körben, az eljárás minden szakaszában, a hatóság mérlegelése alapján, törvényi feltételek nélkül engedélyezhető. Az indokolt engedélyezések tipikus eseteit a joggyakorlat természetesen kialakíthatja, másrészt a törvény további – helyeselhető – rendelkezése szerint „az írásbeli tanúvallomás megtétele nem zárja ki, hogy utóbb a tanút, ha az szükséges, a kihallgatása céljából” megidézzék.

Mindenesetre a szóbeli kihallgatás *helyett* lehetséges írásbeli tanúvallomás eseti engedélyezéseinél aligha hagyható figyelmen kívül az a tapasztalat, hogy a tanú írásbeli megnyilatkozásainak értéke *általában* (kivételek lehetnek) alacsonyabb fokú, de legalábbis nehezebben megítélhető, mint a szóbeli vallomása, amikor is a kihallgatás (tehát *hallás*, látás, egyéb érzékelés stb.) útján közvetlenül nyert információk sokoldalú értékelést tesznek lehetővé. A papír ugyanis mindent eltűr, többek között még a tanú által észlelték – akár jószándékú, de esetleg egyoldalú – „átfogalmazását” is.

Egyébként a Be. az *okirati bizonyítás* lehetőségeit számos, részben új rendelkezéssel *bővítette*, nem tekintve feltétlennek a közvetlenség elvének érvényesülését még a büntetőeljárás bírósági szakaszában, a tárgyaláson sem. Így pl. okirati a bizonyítás: a nyomozásban a jegyzőkönyv helyett (Be. 168. §), az egyéb adat szerzéséről [178. § (3)–(4) bek.], a titkos adatszerzésről [206. § (2)

bek.] készített jelentés esetében; a nyomozási bíró által végzett kihallgatások, bizonyítási cselekmények anyagának későbbi felhasználásakor [207. § (3) –(5) bek.]; a kiküldött és megkeresett bíró eljárásáról készült jegyzőkönyv tárgyaláson történő felolvasása esetén [304. § (4) bek.]; a tárgyaláson a vádlott (291. §), illetőleg a tanú (296–297. §) korábbi vallomásainak, vagy a szakvélemény (244. §) felolvasása esetén; egyes külön eljárásokban (lemondás a tárgyalásról, 539. §; tárgyalás mellőzése, 544. §).

A tanúvallomás tág tárgykörén belül a Be. sokoldalú, differenciált szabályozásával gondoskodik a *tanú védelméről*. A különféle módokon megfélemlített, megfenyegetett, veszélyeztetett s így a zavartalan vallomástételben akadályozott tanú érdekében kialakított hatályos védelmi szabályrendszer valószínűleg megfelel a kor követelményeinek. Ugyanakkor ezzel összefüggésben nem jelentéktelen mellék-következmény egyes eljárási alapelveknek (nyilvánosság, közvetlenség) a tanúvédelmi szempontok követelte korlátozása, az eljárás résztvevői jogosítványainak esetenkénti csorbulása. [Pl. felismerésre bemutatásnál, szembesítésnél, tárgyaláson kívüli bizonyítás felvételénél; Be. 122. § (5) bek., 124. § (2) bek., 304. § (5) bek.]. Hatványozottan ez a helyzet különösen védett tanú esetén, akit a tárgyaláson nem lehet kihallgatni (294. §), akinek csak a nyomozási bíró előtti kihallgatásáról készült jegyzőkönyv-kivonatát tekintheti meg a vádlott és a védő és akihez csak írásban indítványozhatják kérdések feltevését, amelyekre a nyomozási bíró ismételt kihallgatja a tanút [207. § (3) bek., 263. § (3) bek., 268. § (3) bek., 305. § (3) bek.].

Vannak a Be.-ben szabályozott olyan új (felújított) intézmények, amelyek bevezetése – előírt feltételekkel, módozatokkal együtt – egyértelműen helyeselhető. Ilyen az egyes ügyészi negatív állásfoglalások (az ügyészi „tétlenség”) eseteiben lehetséges *pótmagánvád*; a bíróság, illetve az ügyész bizonyos határozatainak meghozatala előtt beszerezhető, a tájékoztatásukat szolgáló *pártfogó felügyelői vélemény*; az eljárási kényszerintézkedésként szabályozott *úti okmány elvétele*.

Az *óvadékkal*, mint az eljárási cselekményeknél való jelenlétre ösztönző, az előzetes letartóztatás alternatívájaként bevezetett kényszerintézkedéssel is „meg lehetne békélni”, ha nem szólna ellene a jól ismert, igaz kissé sommásan hangoztatott ellenérv: csakis (vagy legalábbis elsősorban, leggyakrabban) az anyagilag tehetősek élhetnek vele. Aligha vitatható, hogy ők nemcsak könnyebben tehetik le az óvadékot, hanem könnyebben meg is engedhetik maguknak, hogy azt veszni hagyják és így az óvadék sokszor nem éri el célját. Ha pedig az óvadékot a terhelt helyett más teszi le (Be. 147. §), még kevésbé valószínű – kivételes esetektől eltekintve –, hogy a terhelt nagyon törje magát az óvadék megmentése érdekében.

Nincs könnyű helyzetben a bíróság, amikor az óvadék összegét a terhelt személyi körülményeire és vagyoni helyzetére is figyelemmel határozza meg [147. § (4) bek.] A *fő figyelmet* ugyanis arra kell fordítani, hogy az összeg ösztönözzön az óvadék céljának elérésére, az eljárási cselekményeknél való megje-

lenésre. Az óvadék elfogadásával egyidejűleg bizonyos szabadságkorlátozó kényszerintézkedések (lakhelyelhagyási tilalom, házi őrizet, úti okmány elvétele) alkalmazásának törvényi lehetősége pedig arra utal, hogy az óvadék a gyakorlatban valószínűleg csak ilyen „kisegítő” (komplex) megoldások mellett lehet reális alternatívája az előzetes letartóztatásnak.

Új szabályozási elv, éspedig az eljárás résztvevői által tanúsított, gyakran az eljárás elhúzódásával járó fegyelmezetlenségek szankcionálása érvényesül a Be. 161. §-ának rendelkezéseiben. Az itt taxatív felsorolt esetekben és személyek ellen kiszabható *rendbírságot* meg nem fizetés esetén a bíróság *elzárásra változtatja* át, ezen átváltoztató határozata ellen *jogorvoslatnak nincs helye*, az eljárás végrehajtására a szabálysértési jogszabályok irányadók. A fellebbezés kizárásával kapcsolatban a min. ind. arra hivatkozik, hogy itt nem bűncselekmény miatt alkalmazott szabadságelvonással járó szankciónál van szó és a rendbírságot kiszabó határozat ellen „egyébként is” jogorvoslatnak van helye. Ezek az indokok sem meggyőzők azonban egy olyan bírósági határozat elleni fellebbezés kizárására, amely – közömbös, hogy milyen okokból és milyen előzmények után – szabadságelvonásról rendelkezik. Vitatható továbbá a rendbírság elzárásra való átváltoztatásának törvényi előírása a büntetőügyben – védőként, képviselőként, a pótmagánvádló képviselőjeként – részt vevő *ügyvéd* esetében.

A *tárgyalás előkészítése* során a bíróság – egyebek között – megkeresheti az ügyészt bizonyítási eszközök felkutatására és a vádirat hiányosságainak pótlására is [Be. 268. § (1) bek.]. További bizonyítási eszközök felkutatására a gyakorlatban sokszor szükség is lehet, de a *vádirat hiányosságainak pótlására* irányuló megkeresést lehetővé tévő törvényi rendelkezés értelmezhetetlen. Ennek a teljesen új „intézménynek” túlságos általánosságát a min. ind. sem világítja meg, a mellett az ilyen megkeresést tartalmazó intézkedés ellen fellebbezésnek sincs helye [276. § (1) bek. h) pont].

A *tárgyalási szakaszt* érintő néhány megjegyzést egy, a Be. *szerkezetére* vonatkozó észrevétellel célszerű bevezetni. Az eljárási törvény XIII. Fejezete Az első fokú bírósági tárgyalás címet viseli. Ebből logikusan az következne, hogy a tárgyalással kapcsolatos valamennyi rendelkezés ebben a fejezetben található. Ezzel szemben – érthetetlenül és a megokolást a min. ind.-ban is mellőzve – a tárgyalásra vonatkozó rendelkezéseknek csak egy része van az említett fejezetben elhelyezve, a tárgyalási joganyag másik részére A bírósági eljárás általános szabályi című XI. Fejezet rendelkezései között lehet rátalálni.

A tárgyalásnak ekként két törvényhelyről összeszedhető szabályairól azonban, *érdemben*, megállapítható, hogy azok a tárgyalás jelentőségéhez és feladataihoz igazodó, körültekintő, korszerű koncepció kifejeződései. A rendelkezések általánosságban véve és a részkérdésekben is megfelelnek azoknak a követelményeknek, amelyek joggal támaszthatók egy kódex méretű újraszabályozással szemben a tekintetben, hogy az új, a felújított vagy a korábbiakból megtartott processzuális megoldások várhatóan alkalmasak legyenek a jogalkalmazás

hatékonyságának lehető fokozására. A konkrétumok felemlítésére ezúttal nem is lévén lehetőség, csak néhány kérdést érintő megjegyzésre lehet szorítkozni.

Nem nagyon hozhatók fel meggyőző érvek a tárgyaláson a *felek általi tanú-kihallgatás* rendszere mellett még abban a *fakultatív* formában sem, amint ezt a Be. 295. §-a megvalósította. Ezt a hazai jogban (1896. évi XXXIII. tc. 308. §) már létezett, angolszász gyökerű intézményt ugyanis a gyakorlatban alig alkalmazták és a szakirodalom is nehezen átültethetőnek tartotta közép-európai viszonyok közé. Ilyen megfontolások a jelenlegi szabályozást is kísérhetik, miért is az intézmény a Be.-ben feleslegesnek látszik, bár igaz, hogy a felesleges dolgok nem ártanak (*superflua non nocent*).

Ugyancsak legalább is felesleges, de inkább elhibázott eljárásjog-dogmatikai szemléletet tükröző az a rendelkezés, amely szerint: „Ha az ügyész a vádlott bűnösségét nem tartja megállapíthatónak, a perbeszédében a jogszabályokat is megjelölve, indokolt *indítványt tesz a vádlott felmentésére*”. [Be. 315. § (3) bek.] Ezt olvasván, önkéntelenül felidéződik az emberben az ilyen helyzetben az ügyész által egyedül alkalmazható más – régi, egyszerű és jogszerű, bölcs – megoldás: „Ha a vádló a vádlottat elítélhetőnek nem tartja, a vádat elejti.” [1896. évi XXXIII. tc. 315. § (2) bek.]. A közvád alapjával, rendeltetésével, értelmével összhangban álló ügyészi magatartás adott esetekben csakis az utóbbi lehet és nem az, ha az ügyész a tárgyaláson a per (nem vád) beszédében, esetleg minden ékesszólását latba vetve, „a jogszabályokat is megjelölve” igyekszik a bíróságot meggyőzni arról, hogy a vádlott bűnössége miért nem állapítható meg és tehát miért kell őt felmentenie.

A vádlott felmentését szorgalmazó ügyészi indítvány a hazai tételes jogban mindig is ismeretlen intézmény volt. (Csak legfőbb ügyészi utasításokban fordult elő az utóbbi időkben.) Azokra a nézetekre, amelyek szerint a felmentő ítélet a vádlottra kedvezőbb eljárásjog-dogmatikai helyzetet teremt, mint a vádelejtés folytán hozott, eljárást megszüntető végzés, nem érdemes szót vesztegetni, mert tévesek. Ami ugyanis ebben a kérdésben a meghatározó, az az ártatlanság vélelme, amit tudvalevőleg csak a bűnösség megállapításáról szóló jogerős bírósági ítélet dönthet meg. Annak semmi jelentősége nincs, hogy ilyen ítélet hozatalára *milyen okból nem* került sor.

A Be. szabályozása (szóhasználata) igyekszik elkerülni, hogy a törvényben a *vádlott védőbeszédéről* rendelkezzen. A 314. § (1) bek.-e szerint a vádlott „felszólalhat”; a 317. § (1) bek.-e szerint „szót emelhet saját védelmére”; ha nincs védője, a vádlott felszólalására a „perbeszédre vonatkozó szabályok” az irányadók. Helyesebb lett volna, ha a törvény – akár van védője, akár nincs – egyértelműen a vádlott védőbeszéd tartási jogosultságáról rendelkezik (természetesen a helyesen szabályozott „utolsó szó jogán” kívül; 319. §). Érthetetlen is lenne, hogy olyan fontos eljárási jogosítvány tekintetében, mint amilyen a perbeszéd, a vádlottnak korlátozottabb lehetősége legyen, mint a védőjének. Hogy két védőbeszéd is elhangozhat a tárgyaláson, annak az az oka, hogy a vádlott is és a védő is önálló jogosultságú alany (ügyfél) a büntetőeljárásban.

Nem lényegtelen – régi, elméletben-gyakorlatban máig sem teljesen tisztázott – kérdés, hogy a tárgyalást vezető tanácselnök félbeszakíthatja-e a perbeszédet és milyen esetekben. Valóban hézagpótló a Be. szabályozása: félbeszakítható a perbeszéd, ha bűncselekményt vagy rendzavarást valósít meg, avagy „ha az eljárás elhúzásának megakadályozása érdekében ez szükséges” [Be. 314. § (4) bek.]. De az utóbbi félbeszakítási ok helytállósága vitatható: túlzott általánossága folytán sok minden „belefér”: bőbeszédűség, ismétlések, az ügygel össze nem függő, vagy jelentéktelen kérdések taglalása stb. Azt is figyelembe kell venni, hogy a perbeszéd az egyetlen lehetőség az egész eljárásban arra, hogy a jogosultak az ügyben képviselt ténybeli és jogi álláspontjukat, összefoglaló jelleggel, élőszóban kifejtthessék. Az igazságszolgáltatás időszerűségének előmozdításáért minden lehetséges eszközt meg kell ugyan ragadni, de azért az kétséges, hogy a gyakran hónapokig (sőt kivételesen évekig) elhúzódó eljárások tartamának lerövidítésében éppen a perbeszédnek kívánatos „tömörsege” játszhatna jelentős szerepet.

A Be. rendes, illetve rendkívüli *jogorvoslati rendszerével*, annak koncepciójával, szabályozási elveivel kapcsolatban jelenleg nem volna időszerű észrevételeket tenni. Ugyanis a büntető jogorvoslati rendszer továbbfejlesztését célzó elgondolások most vannak kialakulóban és e körben újabb kodifikáció (újraszabályozás) bekövetkezését valószínűsítik. Ugyanakkor természetesen arra is lehet számítani, hogy az újabb novellisztikus jogalkotás a jelenleg hatályos büntetőeljárási joganyag más területeit is érintheti.

Végül a Be.-ben foglalt egyes *külön eljárások* – bíróság elé állítás; lemondás a tárgyalásról; tárgyalás mellőzése – szabályozási elveivel, törvényi feltételeivel kapcsolatban látszik indokoltnak egy megjegyzés. (E külön eljárások eddigi, következetesen *szélesedő* fejlődési útjának esetleges folytatása esetére.) E külön eljárások alkalmazási körének további törvényi *bővítése*, illetőleg bennük a terhelt *beismerése* jelentőségének bármilyen formában való fokozása: valószínűleg alakító (átalakító) hatással járna az egész büntetőeljárásra, annak rendszerére. Éspedig olyan értelemben, hogy a rendes eljárás, illetőleg egyes külön eljárások közötti elvi jellegű, szabályozási, strukturális különbségek elmosódnának vagy eltűnnének. Egyes külön eljárások egyik alapfeltétele, a beismerés esetleg már-már visszanyerné hajdani „rangját” (*regina probationum*); de legalábbis a gyakorlatban – egyelőre ma még más feltételekkel együtt elfoglalt – kiemelkedő helyet kapna a külön eljárás feltételei, sőt általában a bizonyítási eszközök sorában. Ez a helyzet pedig már nehezen volna összeegyeztethető a büntetőeljárásbeli bizonyítás ma is érvényesülő, azzal az elvi jelentőségű szabályával, hogy: „A bizonyítás eszközeinek és a bizonyítékoknak nincs a törvényben előre meghatározott bizonyító ereje.” [Be. 78. § (2) bek.]

ERVIN CSÉKA

INSTITUTIONS NOUVELLES ET PRINCIPES DE
RÈGLEMENTATION NOUVEAUX DANS LA PROCÉDURE
PÉNALE DE HONGIRE

(Résumé)

L'auteur reconnaît et apprécie moderne la conception, le système et la réglementation générale de nouveau Code de Procédure Pénale de Hongrie (Loi 1998 No XIX quelques fois modifiée) entrée en vigueur le 1 Juillet 2003. La majorité des institutions juridiques récemment trouvables dans le nouveau Code serai efficacement applicable á la lutte poursuivie contre la criminalité organisée contemporaine surtout. Les institutions et réglementations nouvelles analysées – et critiquées en partie – par l'auteur sont, parmi les autres, les suivantes: quelques principes fondamentaux procédurals; compétence des tribunaux; certains mesures de contrainte (caution, retirer le passeport); le statut juridique du procureur en l'enquête et par devant les tribunaux; l'activité du juge d'enquête; action de l'accusateur privé de surrogat; les caractéristiques nouvelles du système de l'audience (audition mutuelle des témoins par les parties); les problèmes actuels du système des voies de recours; les règles en ce qui concernent les procédures particulières.

FÁBIÁN GYÖRGY

A brit választási rendszer és az európai parlamenti választások*

Az európai parlamenti választási rendszer elhelyezkedése a brit választási struktúrában

Az európai parlamenti választási rendszer alakulása az Egyesült Királyságban elválaszthatatlan a hazai választási rendszer egészétől, az azzal kapcsolatos felfogástól, csak azzal együtt értelmezhető. Az 1264–1265-ös rendi országgyűlés összehívásáig visszanyúló tradicionális választási rendszer a brit többségi, Westminster típusú demokrácia fundamentumát jelenti. Azóta egyszerű többségi, egyéni kerületi választóközetekben választják a brit parlament alsóházának tagjait. Ez a mai egymandátumos változatában first past the post (FPTP, első a célvonal után) néven emlegetett rendszer olyan mélyen beágyazódott a brit tradíciókba, hogy mintegy másfél évszázad óta sikeresen ellenállt mindenféle reformkísérletnek. A rendszer azon a politikai filozófián, demokrácia-elképzelésen nyugszik, hogy a demokrácia erős, hatékony, stabil, döntésképes, tehát egypárti kormányzást, egyszerűen felelősségre vonható (leváltható) kormányt jelent. Ebben a felfogásban a képviselő területi képviselőt jelent, vagyis a választás nem pártok, csoportok vagy egyének, hanem egy meghatározott, földrajzilag körülhatárolható területi közösség képviselőjére irányul. Ez a képviselői elv a pártok megjelenése előtt gyökeresedett meg, így a pártelvűség ebbe a keretbe, tradícióba ágyazódott bele.¹ E felfogás szerint a parlament pártösszetétele, a szavazat- és mandátumarányok megfelelése (arányossága) nem érdekes, másodlagos a döntéshozatal hatékonysága, a döntéshozók azonosíthatósága, felelősségre vonhatósága mögött. A felelősségre vonhatóság és hatékony kormányzás biztosítékát jelentő választási rendszer további fő erényeként még a választó és képviselő közötti szorosabb kapcsolatot szokták kiemelni az arányos választási szisztémákkal szemben. A tradíció és a demokrácia többségi

* A tanulmány az OTKA T 043209. sz. kutatási program keretében készült.

¹ A jelöltek pártállása a szavazólapon például csak a pártok kialakulása után több mint száz évvel jelenhetett meg, 1969-től.

alapú felfogása alapján e rendszer megváltozhatatlannak tűnt, ellenállt minden reformkísérletnek.

Ezt a választási rendszert ugyanakkor a XIX. század második fele óta a tömegdemokrácia, a pártok, a pártelvű képviselet megjelenésével és uralkodóvá válásával sorozatos kihívások érték. A kihívás elsősorban a társadalmi-gazdasági fejlődés és ennek politikai következményei oldaláról érte az FPTP-t, ami a Westminster típusú demokrácia egészét aláásta, működési feltételeit, és magát a rendszert is alapvetően megváltoztatta.² Erjedőben van a választási rendszert körülvevő mítosz is. Az 1997-ben hatalomra került Munkáspárti kormány ugyanis választási programja alapján fokozatosan végrehajtott, illetve napirendre tűzött egy alkotmányos-intézményi reformsorozatot, melynek része a választási rendszer megváltoztatása is, betetőzve egy – az Egyesült Királyságban rendszeridegen – országos jellegű népszavazás ígérétevel a House of Commons (Alsóház) választási rendszerét illetően. Az eddig megvalósult reformok alapján a választási rendszerben hatalmas, brit mércével mérve forradalmi jellegű változások következtek be. Ez azt jelenti, hogy az FPTP nemhogy az egyetlen, de már nem is a domináns választási rendszer az Egyesült Királyságban. Öt különböző választási rendszer van érvényben az országban. Az Észak-Írországban a helyi parlament és az Európai Parlament esetében alkalmazott single transferable vote (STV, egyéni átvihető szavazat) – arányos, többmandátumos, de nem listás, hanem egyéni preferenciákon alapuló szisztéma – és néhány helyi választáson alkalmazott más rendszer eddig kivétel volt.³ Jelenleg azonban vegyes rendszerrel választják a skót parlamentet, a walesi nemzeti gyűlést, Nagy-London Tanácsát, listás, arányos szisztémával az Európai Parlament brit képviselőit, supplementary vote (SV)⁴ a londoni és még 12 helyi polgármester választásának rendszere. Észak-Írországban a House of Commons kivételével mindenütt STV van érvényben, míg a brit alsóházba 659 egyéni körzetben választják FPTP-vel a képviselőket. A választási rendszernek ez a sokszínűsége az Egyesült Királyságban még egy évtizeddel ezelőtt is elképzel-

² Egyes szerzők már Westminster alkonyáról írnak. PIPPA NORRIS: *The Twilight of Westminster? Electoral Reform & its Consequences. Paper for presentation at the British Politics Group Panel on 25 Years in British Politics at the annual conference of the American Political Science Association, Washington DC 31st August – 2nd September 2000*: 1. p. <http://www.pippanorris.com>

³ A pártokra, pártlistára történő szavazás eddig teljesen idegen volt a brit gondolkodás számára a korábban említett történelmi-tradicionális szempontok miatt.

⁴ A supplementary vote, a Munkáspárt Raymond Plant vezette munkabizottságának 1993-as jelentésében javasolt, a világon máshol sehol nem használt rendszer, amelyben a választópolgároknak első és második preferenciát lehet megjelölni, és ha az első preferenciák alapján nincs meg az abszolút, 50 % feletti szavazattöbbsége egyik jelöltnek sem, akkor a legtöbb első szavazatot szerzett két jelölt között a második preferenciák alapján dől el a mandátum sorsa. Ez az ausztrál alsóházi alternatív szavazáshoz hasonló módszer, de ott preferenciasorrendet kell felállítani, és mindig a legkevesebb első preferenciát kapó jelölt esik ki, és annak további preferenciáit adják hozzá a versenyben maradtak szavazataihoz.

hetetlennek tűnt. Ezek közül viszont csak egy az egész országra kiterjedő listás rendszer, országos szinten csak ezen voksolnak pártlistára és nem személyre az Egyesült Királyságban (Észak-Írország kivételével). Ez az egy pedig 1999 óta az Európai Parlamentbe történő választás szisztémája. Amíg azonban eddig eljutottak, hosszú és nehéz út vezetett, a brit választási felfogás, választási tradíciók, a brit választási logika illeszkedett a legnehezebben az európai sémába.

Az Európai Parlamenti Választási Törvény létrejötte és változásai⁵

Az Egyesült Királyság 1973. január 1-én lett az Európai Közösség (Közös Piac) tagja, melynek parlamentjébe ekkor még nem közvetlenül választottak, hanem a tagállamok delegáltak képviselőket. A brit belépés után nem sokkal azonban az 1975. decemberi római csúcsértekezlet döntött az Európai Parlamentbe történő közvetlen választások kiírásáról, melyet 1978-ra tervezett. Ennek megfelelően 1976. szeptember 20-án az Európai Unió Tanácsa a kilenc tagállam – köztük az Egyesült Királyság – aláírásával döntést hozott a választás megtartásáról. Az első közvetlen választásra azonban csak 1979-ben került sor. A halasztás nem kis mértékben a brit ellenkezés hatására következett be. Az első pillanatban megmutatkozott tehát, hogy a választás kérdésében a britek nehezen tudnak illeszkedni a többi tagállam egymástól ugyan eltérő, de a választásról vallott felfogást és rendszereik alapvető vonásait illető (arányos, többmandátumos, pártlistás stb.) közös elveihez, gyakorlatához.⁶

A brit kormány 1976 májusában vizsgálóbizottságot alakított a közvetlen választás módjának kialakítására. A bizottság javaslata az FPTP alkalmazása volt az euroválasztásokon is. Ez a jelentés azonban nem került a parlament elé.⁷ Az 1977 áprilisában kiadott Fehér Könyv viszont az arányos, listás rendszert javasolta, regionális, nyitott listával. A régiók a létező gazdasági tervezési régiók lettek volna. Harmadik lehetőségként felmerült az STV is: A kormány törvényjavaslata alternatívát tartalmazott, nyitva hagyta az FPTP és a Fehér Könyv által javasolt arányos képviseleti, regionális lista alternatíváját, bár az utóbbit javasolta, de a törvényjavaslat záradékában szerepelt, ha azt nem fogadják el, FPTP lesz az európai parlamenti választáson is. Miután azonban mind a Kon-

⁵ Elfogadása idején a törvény az Európai Közgylési Választási Törvény nevet viselte, mivel az Európai Parlament elnevezés jogilag csak 1986-ban került bevezetésre, az Egységes Európai Okmánnyal, de az 1978-as törvényt is így nevezik ettől kezdve.

⁶ Ebben kivétel Franciaország és Írország, előbbiben kétfordulós egyéni kerületi, egymandátumos, utóbbiban STV a hazai rendszer. Franciaországban azonban vannak hagyományai a listás rendszernek is, a listaellenességnek nincsenek olyan történelmi-társadalmi gyökerei, mint az Egyesült Királyságban, az ír rendszer pedig nem listás ugyan, de többmandátumos. Így e két országban nem volt olyan éles a hazai és az alakuló európai választási folyamat szembenállása.

⁷ OONAGH GAY: *The European Parliamentary Elections Bill* (Bill No 4 of 1998-9). Research Paper 98/102: 7. p. House of Commons Library. <http://www.parliament.uk>

zervatív Párt, mind a Munkáspárt megosztott volt a kérdésben, szabad kezét adott képviselőinek a szavazásban. Így a kormány javaslatát a Ház 1977. december 13-án elvetette, a listás rendszer kimaradt a törvényből, és maradt az FPTP. A parlamenti vitát a listás választás bírálata uralta, nem támogatták azt a rendszert „amit egy liberális professzor talált ki Finnország erdeiben”.⁸ Még a liberális képviselők is csak a második legjobb megoldásnak tartották a pártlistás rendszert, a Skót Nemzeti Párt pedig az alternatív szavazási szisztémát támogatta.⁹ Az 1978-as Európai Parlamenti Választási Törvény tehát relatív többségi, egymandátumos, egyéni kerületi rendszert határozott meg Nagy-Britannia európai képviselőinek megválasztására.¹⁰ A törvény szerint a választójogot mindenki megkapja, aki a hazai választáson jogosult részt venni. A hazai választásokhoz képest kiterjesztést jelent, hogy az európai választásokon a Lordok Házának tagjai is szavazhatnak. Az aktív és passzív választójog alsó korhatára 18, illetve 21 év, mint az általános parlamenti választásokon. A választás napja 1935 óta hagyományosan csütörtök a szigetországban, és az európai választásokat is ezen a napon tartják. A maastrichti szerződésben elfogadott európai állampolgárság következtében az 1994-es European Parliamentary Elections Regulation pedig az uniós állampolgároknak is lehetővé tette az aktív és passzív választójog gyakorlását az Egyesült Királyságban.¹¹ Mivel az összes többi tagállam arányos listás rendszert fogadott el – Írország STV-je kivételével –, ezért éles ellentét állt fenn a brit rendszer, valamint az így választott képviselők „politikai státusa” és a többi tagállam rendszere és képvisellete között.

Az egyéni kerületi rendszerekben rendkívül fontos a választókerületek összeállítás, határainak meghúása. A törvény európai választási körzeteket állított fel a 81 képviselő megválasztására. Angliában 66, Skóciában 8, Walesben 4 európai képviselőt választókerület jött létre, míg Észak-Írország három képviselőjét egy körzetben STV-vel választják. A törvény Parlamenti Határmegállapító Bizottságok megalakításáról is döntött (ilyen külön van angol, skót és walesi viszonylatban), amennyiben szükséges felülvizsgálni a körzethatárokat. Az 1978-as döntés alapján egyetlen westminsteri választókerületet sem lehet felosztani úgy, hogy egy része az egyik, más része pedig egy másik európai választókerületbe tartozzon, vagyis több westminsteri körzetből állítottak össze egy európai választókerületet. Az 1990-es évtized elejére viszont a westminsteri körze-

⁸ OONAGH GAY: i. m. 13. p.

⁹ MARK HAGGER: The UK: The Reluctant Europeans. In: Valentine Herman-Mark Hagger (eds.): *The Legislation of Direct Elections to the European Parliament*. 1980: 226. p.

¹⁰ Miután Észak-Írországban más a rendszer, ezért a Nagy-Britannia elnevezést használjuk.

¹¹ Az 1978-as törvényt egyébként 1981-ben, 1993-ben, 1999-ben és 2002-ben módosították, emellett más törvények is tartalmaznak az EP választásokkal kapcsolatos szabályokat, mint például a The European Parliamentary Elections Regulations és a Representation of People Act néven szereplő rendelkezések.

tek határai jelentősen átrajzolódtak, a körzetek száma is nőtt, így szükségessé vált az európai körzetek felülvizsgálata is.¹²

Az Európai Parlament 1979-et követően többször tett komoly erőfeszítéseket, készített javaslatokat a Római Szerződésben előírt egységes választási eljárás bevezetése érdekében. Ez legerőteljesebb a brit európai parlamenti választási rendszert érintette volna, nem véletlen tehát, hogy erősen érdekeltnek lévén a brit kormány és parlament is foglalkozott a kérdéssel. 1982-ben a Lordok Háza Vizsgálóbizottságot állított fel az Európai Közösségek jelentéséről, amely megvitatta az Európai Parlament Seitlinger jelentése¹³ alapján készült rendelettervezetet. A Bizottság az 1977-es Fehér Könyv javaslatát tette magáévá, mondván, hogy csak a nyitott listás szavazás felelne meg a Seitlinger javaslatnak. Miután a Miniszterek Tanácsa nem fogadta el a Seitlinger javaslatot, nem volt következménye a brit bizottsági javaslatnak sem. Az 1989-es választás után az Európai Parlament ismét napirendre tűzte a témát, de 1990 januárjától 1993 márciusáig tartott, amíg a de Gucht jelentést elfogadták. Ez egy óvatos megközelítése volt az egységes választási eljárásnak, fokozatosan kívánta harmonizálni a választási rendszer alapjait, összhangban az egyre inkább teret nyerő szubszidiaritás elvével, kezdve azokkal a kérdésekkel, amiben már konszenzus van, későbbre hagyva a vitás ügyeket. Ami Nagy-Britanniát érinti, az eredeti javaslat, amely úgy szövelt, hogy legalább fele-fele arányban kell egyéni kerületi és listás képviselőket választani, 2/3–1/3 arányra enyhült az egyéniek javára végső változatban. Ezzel kapcsolatban a riportőr de Gucht kijelentette: „megpróbáltam a britek számára olyan nehézé tenni a javaslat elutasítását, amennyire csak lehetséges”. A Guardian című angol lap, amely idézi ezt a mondatot, mégis „Nyomás a PR érdekében (proportional representation, arányos képviselőlet) az európai választásokon” címmel közöl cikket az elfogadott jelentésről.¹⁴

Ezzel párhuzamosan az Egyesült Királyságon belül is erősödött a nyomás a PR bevezetésére az európai választásokon. 1990-ben a Lordok Házában egy liberális demokrata lord benyújtott egy Európai Parlamenti Választási Reformtörvényt, amely STV-t javasolt Angliában kilenc, Skóciában és Walesben egy-egy körzettel.¹⁵ A javaslatot ugyan a Lordok Háza elfogadta, de tovább nem jutott. A Liberális Demokrata Párt az Európai Bírósághoz is fordult az egységes választási procedura ügyében, az Európai Parlament elmarasztalását kérve

¹² Az akkor már 71 angliai európai körzetből 70 nem felelt meg a törvénynek, amennyiben egy westminsteri körzet két vagy több európai körzet között volt felosztva.

¹³ Az Európai Parlament 1982 márciusában fogadta el a riportőrjéről elnevezett Seitlinger jelentést, amely többmandátumos, arányos, nyitott listás rendszert javasolt d'Hondt mandátumelosztással az egységes európai parlamenti választás szisztémájaként.

¹⁴ OONAGH GAY: i. m. 15. p.

¹⁵ Uo. 18. p.

emiatt.¹⁶ A Munkáspárt munkabizottsága 1993-ban szintén javaslatot tett az arányos rendszerre, a regionális listás rendszert preferálva a vegyes rendszerrel szemben. A javaslat szerint a szavazók választhattak, vagy a listára vagy preferenciájuk megjelölésével a listán szereplők valamelyikére voksolhatnak. A Munkáspárt kongresszusa a Bizottság javaslatát elfogadta. A párt 1997-es választási programja és a Munkáspárt és a Liberális Demokrata Párt Közös Tanácsadó Bizottságának 1997. március 5-i jelentése regionális listás választást tartott szükségesnek az európai választásokra. Az azonban a választási győzelem után is kérdéses volt, hogy időben el tudják fogadtatni és bevezetni már az 1999-es választáson, tekintettel a hosszú és bonyolult brit parlamenti procedúrára. 1997. július 17-én viszont a belügyminiszteren keresztül a kormány a választási programra hivatkozva elkötelezte magát az 1999-es bevezetés mellett.

Az 1997–98-as ülésszakon a 65-ös szám alatt került megvitatásra az 1976-os Európai Parlamenti Választási Törvény módosítása. A javaslat szerint az európai parlamenti választókerületek megszűnnének, Észak-Írország megőrizné az STV-t, Skócia és Wales egyetlen választókerületben választaná a maga 8, illetve öt képviselőjét, míg Angliában kilenc régió jönne létre, régióként 6-11 közötti mandátummal. A régiókat az 1994-ben felállított Regionális Kormányzati Hivatalok területi illetékessége alapján állítanák fel, kivéve a Merseyside és North West régiókat, melyeket egy választási régióba vonnának össze. Megszűnne a Parlamenti Határmegállapító Bizottságok szerepe is az európai parlamenti választási körzetek vonatkozásában, a belügyminiszter tehetne javaslat az esetleges módosításra a regionális körzetek közötti mandátumarányokat illetően. A lista zárt, a mandátumelosztás pedig d'Hondt legmagasabb átlag formula lenne. A választáson regisztrált pártok és egyéni jelöltek is indulhatnak. A lista-indításhoz 5000 font kauciót kell letenni, ami azonban visszatéríthető megfelelő eredmény, azaz 2,5 % regionális szavazat elérése esetén. (Eddig 1000 font volt és ezen kívül az adott régióban 30 aláírás összegyűjtése is kellett az induláshoz.)

A törvényjavaslat fogadtatása alapvetően pozitív volt, bár a Munkáspárton belül is voltak – nem is kevesen, csoportot is alakítva – hívei az FPTP-nek. A legerősebb kritika azonban a zárt listával szemben nyilvánult meg, mind a parlamenten belül (Munkáspártiak is és a Liberális Demokraták), mind a parlamenten kívül (Charta 88 és Választási Reform Társaság).¹⁷ A Liberális Demokraták a belga nyitott listás rendszer javasolták, amit azonban a kormány nem támogott. Úgyisintén elvetette a kormány a módosított Sainte-Laguë mandátumelosztási módszerre tett liberális képviselői javaslatot, ami arányosabb, a kisebb pártok számára kedvezőbb mandátumelosztást eredményezett volna. A zárt

¹⁶ A Bíróság eljárási probléma miatt nem hozott döntést, ugyanis párt nem fordulhat az Európai Bírósághoz.

¹⁷ A Charta 88 csoport 1988-ban közzétett liberális alkotmányos-intézményi reformtervezetről kapta nevét, míg a Választási Reform Társaság 1884 óta létező tudományos társaság.

listát például az egyszerűsége miatt preferálták, mondván, hogy a brit választó hozzá van szokva az egyszerű döntéshez a szavazólapon, és nem tudna mit kezdeni egy preferenciális, nyitott listás szavazási móddal.

A parlamenti és parlamenten kívüli vita alapján úgy tűnt, hogy többséget kap a nyitott lista. Az Alsóházban a zárt és a nyitott belga típusú lista, míg a Lordok Házában a nyitott lista finn és belga változata volt az alternatíva. Az egyet nem értés miatt a törvényjavaslat nem került elfogadásra az ülésszakon, hanem az 1998–1999-es ülésszakon 4-es számmal jelzett törvényként került megvitatásra. Az idő sürgetett, mivel 1999. január közepéig döntést kellett hozni, királyi jóváhagyással együtt, hogy új választási rendszerrel történhessen az 1999-es EP választás. A Lordok Háza hatszor vetette el a javaslatokat, ami végül 1999 januárjában lett törvény. A várakozással ellentétben az eredeti, zárt listás javaslatot fogadta el az Alsóház. Az elfogadott törvény alapján 1999-ben a britek először választottak országos méretekben pártok és nem egyéni jelöltek között. Ettől kezdve a brit európai parlamenti képviselők nem választókerületük, hanem a régió képviselői, ami pozíciójukat, státusukat teljesen eltérővé teszi a hazai parlamenti képviselőtől.

A választási rendszer fontos része a körzeti magnitúdó, azaz a körzetben megválasztott képviselők száma. Ez az eddigi egyről az új rendszerben átlagosan hétre változott, ami pozitív hatással volt az arányosságra. Ezzel együtt az Egyesült Királyság az alacsony magnitúdójú (2–10) országok közé tartozik, ami negatív hatással van az arányosságra.

Az Európai Parlament jóváhagyása után az Európai Unió Tanácsa 2002-ben módosította 1976-os döntését, egy lépést előrehaladva a választást illető közös alapelveket illetően. Eszerint az európai választást listás vagy STV rendszerben kell lebonyolítani, a tagállamok előnyben részesíthetik a preferenciális szavazást, a választókerületeket különböző módokon állíthatják össze nemzeti sajátosságaikat figyelembe véve, nem sértve a választás arányos jellegét, választási küszöb alkalmazható, de az nem lépheti túl az 5 %-ot. Egyéb kérdésekben a tagállamok nemzeti eljárásaikat alkalmazhatják, a sajátosságokat figyelembe véve, az arányos jelleg veszélyeztetése nélkül. Ez olyan döntés volt, amely a britek számára is elfogadható volt, és nem kívánt komolyabb változásokat a brit európai parlamenti választási törvényben. Ez két következménnyel járt csak az Egyesült Királyság esetében, az egyik Gibraltár ügye, a másik pedig, hogy 2009-ig meg kell oldani a kettős mandátum kérdését, mert addig kaptak derogációt a hazai és európai parlamenti tagság összeférhetetlenségi szabálya alól. Ez a Lordok Házának tagjait érinti, akiknek európai parlamenti képviselőt meg kell oldani, de ez nehéz a Ház összetétele miatt, idő kell, amíg a Lordok Háza folyamatban lévő reformjának második lépcsőjével megvalósul, hogy az örökletes és az élethossziglan kinevezett lordok közül is csak a maguk közül választottak lesznek a Lordok Házának tagjai, és így lehetnek európai parlamenti képviselők is a lordok közül, akik nem tagjai a Háznak. Ezt 2009-ig kell megoldani, addig mentességet kaptak.

Két vonatkozásban az 1999-es törvényt viszont már a 2004-es választásra módosítani kellett 2002-ben. Egyrészt az Emberi Jogok Európai Bíróságának Gibraltárral kapcsolatos döntése miatt a Matthews versus United Kingdom ügyben, másrészt pedig mivel a nizzai szerződés és a bővítés következtében a brit EP képviselők száma 78-ra csökkent, a mandátumok választókerületi elosztását kellett újraszabályozni.¹⁸ Az Emberi Jogok Európai Bírósága ugyanis kötelezte az országot, hogy tegye lehetővé a gibraltári választópolgárok részvételét az európai választásokon. Ez nagyjából 17.000 választópolgárt jelent. Ezek számára külön választókerületet nem lehetett felállítani kis számuk miatt – egy angol átlagos európai parlamenti választókerület 3,7 milliós –, így valamelyik angol választókerületbe kellett őket besorolni. Ez megtörtént, a South West európai választási körzethez tartoznak, és a Political Parties, Elections and Referendums Act 2000 hatályát rájuk is kiterjesztették. A brit képviselői létszám csökkenése miatt, Észak-Írország és két angol regionális választókerület kivételével kilenc körzetben 1–1 mandátummal csökkentették a betöltendő képviselői helyeket, így Anglia 64, Skócia 7, Wales pedig 4 helyre jogosult. A mandátumszám így 3–10 közötti az egyes körzetekben, az átlagos körzeti magnitúdó pedig 6,5-re csökkent, ami azt jelenti, hogy a választási rendszer e fontos elemének változása negatív hatással lehet a brit euroválasztások amúgy is alacsony szintű arányosságára, egyéb tényezők változatlansága esetén.

Európai parlamenti választások az Egyesült Királyságban (1979–1994)

Az Egyesült Királyság 1979-től 1989-ig 81 képviselőt küldhetett az Európai Parlamentbe, az 1992-es edinburghi csúcsértekezlet döntése alapján 1994-től kezdve viszont 87-t. Anglia öt, Wales pedig egy pluszhelyet kapott. A négy országrész közötti elosztás egyébként torzít, Wales és Észak-Írország túlreprezentált az öt, illetve a három képviselővel. Az egy európai képviselőre jutó választópolgár 1999-ben Walesben 400.000, Észak-Írországban 445.000, míg az országos átlag 511.000, Skóciában és Angliában 500.000 körüli, illetve jóval fölötte volt.¹⁹

A kampány szerepe az euroválasztásokon még fontosabb, mint az egyéb választásokon, mivel az érdekeltség tudatosítása, a mozgósítás sokkal nehezebb, mint a hatalomról döntő választásokon. Különösen így van ez az Egyesült Királyságban, ahol Európa, az Európai Unió és annak parlamentje tengerentúlinak számít, az európai dimenzió háttérbe szorul a Nemzetközösség, a volt gyarmat-

¹⁸ Mivel a brit képviselet pontos számát csak a 2002 végi koppenhágai csúcs határozta meg, a törvénymódosítás csak a változtatás jogi kereteit szabályozta, anélkül, hogy a pontos változtatást megette volna.

¹⁹ RICHARD CRACKNELL & BRYN MORGAN: European Parliament Elections – 1979 to 1994. Research Paper 99/57: 19. p. House of Commons Library. <http://www.parliament.uk>

birodalom, a világ többi része mögött. Az európai választási kampányok az Egyesült Királyságban gyengébbek, színtelenebbek, mint a hazaiak, a pártok kisebb jelentőséget tulajdonítanak neki, kevesebb pénzt szánnak rá. A kampány nemzeti politikai téren folyik, összekapcsolódik az otthoni politikai napirenddel. A kampány fő témái nem az európai ügyek, nem különböző európai alternatívák csapnak össze, annál is inkább mert az európai kérdéseket illetően nem a két nagy párt között, hanem a pártokon belül van a megosztottság. A pártokon belüli megosztottság miatt a kampányok nem is tudtak az európai ügyekről szólni. A kétpártrendszerű, szembenálló (adversary) politika körülményei között a kampánytémák még inkább a hazai politikáról szólnak, mint a konszociációs, konszenzusos demokráciákban. A 2001-es általános választás után létrehozott Független PR Bizottság jelentése megállapítja: az 1999-es választási kampány – a korábbiakhoz hasonlóan – csaknem eseménytelen volt. Sem a média, sem a pártok nem mutattak túl nagy érdeklődést iránta.²⁰ Az 1999-es választáson azonban bizonyos változás megfigyelhető, amennyiben az európai ügyek nagyobb hangsúlyt kaptak, mint korábban, a pártok közötti különbségek az európai integráció kérdésében markánsabban kirajzolódtak. Ennek oka az integráció előrehaladása, az integráció mélyítésével, az euró bevezetésével, az európai intézmények reformjával kapcsolatos pártok közötti ellentétek hangsúlyozottabb megjelenése. A Liberális Demokraták európai alkotmányt, az euró bevezetésével kapcsolatos minél korábbi népszavazást, az Európai Parlament megerősítését képviselték. A Konzervatív Párt az euró bevezetése, a szorosabb pénzügyi integráció ellen lépett fel. A Munkáspárt a szokásos „félszívű” felemás álláspontot képviselte az euró kérdésében: „csatlakozás akkor, amikor eljön az ideje”.²¹ Az EU bővítését és az Európai Bizottság reformját viszont támogatták. A listás választások a kis pártok esélyeit növelte, és esetükben az európai ügyek nagyobb hangsúlyt kaptak, mivel a hazai választásokon esélytelenek. A Függetlenségi Párt határozott EU ellenességgel, az euró elvetésével, sőt az EU-ból való kilépés hangoztatásával lépett fel, így kívánva megszerezni az integrációt ellenzők szavazatait. A Zöldek szintén az euró bevezetése ellen léptek fel, de támogatták az intézményi reformokat, az Európai Parlament nagyobb szerepét. A Skót Nemzeti Párt és a Plaid Cymru támogatta az eurót, az intézményi reformokat.

Ami a politikai kontextust, a pártok európai választásokhoz való viszonyát illeti, 1979-ben a Konzervatív Párt egységesebb volt az európai ügyekben, mint a Munkáspárt, ugyanakkor a brit nemzeti érdekek védelmét az integrációban hangsúlyozottabban képviselte. Az euroválasztásoktól való idegenkedést még fokozta, hogy a pártok és a társadalom is kifáradt a májusi általános választás

²⁰ Changed Voting Changed Politics: Lessons of Britain's Experience of PR since 1997. Final report of the Independent Commission to review Britain's Experience of PR Voting Systems. March 2004: 71. p. <http://www.prcommission.org/>

²¹ Uo.

kormányváltást okozó kampányában, politikai harcaiban, az új kormány megalkotása is elvonta a figyelmet az európai parlamenti választásoktól.²² 1984-ben a thatcherizmus fénykora, 1989-ben már a hanyatlása határozta meg a politikai arénát, a két nagy párt európai attitűdjének alakulását. Mindkét pártban erősödni látszott a proeurópaibb irányzat, főleg a Munkáspártban, de változatlanul erős a szorosabb integrációt ellenző euroszeptikus attitűd, továbbra sem Európáról szól a választás. Az 1994-es választást a két nagy párt vezetőjének kérdése árnyékolta be, vonta el a pártok és a társadalom figyelmét az európai választásról. 1999-ben az intézményi reformok, a Lordok Házának reformja, az első skót és walesi parlamenti illetve nemzetgyűlési választások foglalták le, jellemezték a politikai színteret, vonták el a pártok figyelmét az európai választásokról, illetve terelték a nemzeti politika keretébe. A választást a szokásosnál is jobban háttérbe szorította a koszovói háború.

Az európai választásokat és azok eredményeit nagymértékben befolyásolja, hogy az hogyan illeszkedik a választási folyamatba, időben hol helyezkedik el a hazai választások között. Az 1979-es választás ugyanabban az évben zajlott le, mint a hazai parlamenti választás, utóbbi egy hónappal előzte meg az euroválasztást. Nem meglepő tehát, hogy a választási eredmények nem sokban különböztek, a Konzervatív Párt az alsóházba 43,87, az EP-be 51 % szavazatot kapott, míg a Munkáspárt 36,94 illetve 37 %-ot ért el.²³ Az 51%-os szavazataránnyal azonban a konzervatívok a mandátumok 74 %-ához (60 mandátum) jutottak. Az ezt követő három választás közül az első (1984) egy évvel követte a hazai választási évet (1983). A kormányzó konzervatívok mindkét választáson hasonló eredményt produkáltak, 41 illetve 42,43 %. A Munkáspárt viszont lényegesen jobban szerepelt az Európai Parlamentet, mint a hazait illetően, 37, illetve 27,57 %-kal. Ez már jelezte a tendenciát, hogy a brit euroválasztások a kormányzat teljesítményéről szóló népszavazásnak tekinthetők, habár ekkor ez még csak az ellenzék erősödésében érzékelhető, valószínűleg a két választás között eltelt rövid időnek is köszönhetően. Az ezt követő két választás viszont már igazi félidős választás volt, az 1989-es az 1987 és 1992 közötti, az 1994-es pedig az 1992 és 1997 közötti általános parlamenti választás félidejében. Ennek megfelelően 1989-ben az ellenzéki Munkáspárt győzött 40 %-kal a hazai 30,83 %-kal szemben, 1994-ben szintén, 44 %-kal a hazai 34,39 %-kal szemben. A hatalmon lévő konzervatívoknál fordított a helyzet, az EP választáson 35, illetve 28 %-ot szereztek, míg a hazain 42,30, illetve 41,93 %-os eredményt értek el. Az ellenzékben lévő párt ezen a két választáson 10 %-kal több szavazatot kapott, mint a hazain, míg a kormánypárt 7, illetve 12 %-kal kapott kevesebbet

²² LACZKÓ TUKA ÁGNES: *A „Kis Európától” a tizenketek közösségéig*. Pécs, 1999. 140–141. p.

²³ Az eredmények csak Nagy-Britanniára vonatkoznak, miután Észak-Írország más választási rendszerben választ külön európai választási körzetet alkotva, és a brit pártok általában nem indulnak Észak-Írországban.

az EP választáson. A választók tehát a félidős választásokon Nagy-Britanniában másképp szavaznak az európai, mint a hazai választáson. A brit kétpártrendszer körülményei között egyértelmű a félidős választások népszavazás jellege, a választók könnyen adnak le protesztaszavazatot a kormány ellen félidőben, de a hatalomról döntő szavazáson, a Westminster többségéről már más szempontok alapján döntenek. Az eredmények ilyen alakulását persze a választási részvétel is befolyásolja, mivel az EP választáson jóval kisebb a részvétel, és inkább a protesztaszavazók, mint a kormánysszavazók vesznek részt az eredmények tanúsága szerint. Nem valószínű ugyanis a brit választói magatartás ismeretében – bár a választói volatilitás, változékonyság Nagy-Britanniában is nő – hogy tömegesen lennének olyanok, akik 1987-ben a konzervatívokra, 1989-ben a Munkáspártra, 1992-ben pedig ismét a konzervatívokra adták le voksukat.

Másképp alakult a helyzet az 1994-es félidős választást illetően. 1997-ben ugyanis a 18 éves konzervatív kormányzást követően a Munkáspárt a félidős EP választás után a hazai választást is elsöprő fölényrel nyerte meg 43,21 %-kal a 30,69 %-ot elért konzervatívok előtt. Ekkor tehát nem a félidős jelleg, hanem egy tartósabb választói fordulat figyelhető meg, a konzervatív kormány népszerűtlensége, hosszú ideig tartó kormányzási periódusa miatt. Egy 1994-es felmérés szerint az 1992-ben a konzervatívokra szavazók 26 %-a mondta, hogy 1994-ben más pártra fog szavazni, 11 %-uk a Munkáspártra,²⁴ ami az országos választásig kitartó trendre utal. Ez azonban kivételesnek tekinthető, mert az 1999-es európai választáson ismét a félidős jellegre korábban jellemző vonások jelentkeztek, amennyiben az ellenzéki konzervatívok nyertek, viszont a 2001-es hazai voksolás 1997-eshez hasonló méretű munkáspárti győzelmet hozott.²⁵ Ebben azonban már szerepet játszott az új választási rendszer is, ettől kezdve ugyanis eltérő a két választási szisztéma.

Az 1979–1994 közötti négy választás érdekessége, hogy a Munkáspárt minden választáson növelte EP képviselőinek számát, 17-ről 1994-ben 62-re, míg a Konzervatív Párt esetében fordított a trend, választásról választásra csökkent képviselőinek száma, a kezdeti 60-ról 1994-ben 18-ra. A két nagy párton kívül a Liberális Demokraták csak 1994-ben tudtak képviselést szerezni, akkor mindjárt két mandátummal, valamint a Skót Nemzeti Párt tudott egy, illetve 1994-ben két képviselőt bejuttatni az Európai Parlamentbe. A választási rendszer torzító hatását mutatja, hogy a konzervatívok a liberálisok szavazatarányának kevesebb, mint kétszeresével nem kétszer annyi, hanem kilencszer annyi (18) mandátumot szereztek.

Az európai parlamenti választási részvétel az Egyesült Királyságban az első választástól kezdődően rendkívül alacsony, a négy választáson átlagosan 34,2 %, míg az átlagos részvétel uniós szinten 59,8 %. Az európai választások másodrendű jellegét itt minden más országénál erőteljesebben tükrözik a részvételi

²⁴ ROGER MORTIMORE: Great Britain. *Electoral Studies*, 1994, vol. 13, no. 4. 341–343. p.

²⁵ Az 1999-es választás részletesebb elemzésére később kerül sor.

adatok is. Az EU átlag az öt európai és az 1990-es évek hazai választásain való részvételi különbséget illetően 20,6 %.²⁶ Az Egyesült Királyságban a hazai választások átlagos részvételi aránya 1979 és 1997 között 74,6 %, vagyis 40 % a különbség. Ezek az adatok jelzik az angol társadalom és a politika, a pártok, a kampányok európai attitűdjének gyengeségét, és azt is, hogy a többségi Westminster modellhez idomuló választási rendszer nehezen illeszthető az európai választások keretébe. Az európai identitás messze a leggyengébb az Egyesült Királyságban, egy felmérés szerint a lakosság 59 %-a elutasítja azt, és csak nagyon kevesen fogadják el.²⁷ A brit társadalom kevésbé informált az európai ügyekről, kevésbé hisznek abban, hogy az EU tagságból előnyük származik és hogy az EU döntései az ország érdekeinek megfelelőek.

Az 1999-es választás

Az 1999-es, az új választási rendszerrel megtartott választás volt az első országos szintű voksolás, amelyen nem egyéni jelöltre szavaztak, és amellyel a brit EP választások szinkronba kerültek az EU többi tagállamának választási rendszerével. A módosított törvény terminológiai változásokat is bevezetett. Ettől kezdve az európai parlamenti képviselő helyett az európai parlamenti tag (Member of European Parliament) kifejezést használják, amellyel az Európai Parlamentnek és tagjainak is a növekvő szerepét akarják érzékeltetni.²⁸ A listás választás bevezetésével az európai választókerületek helyett az európai választási régió kifejezés szerepel.

A választási eredmények az új rendszerrel is igazi brit félidős választást mutattak, a kormányzó Munkáspárt szavazataránya 28 % volt, szemben a hazai 1997-es 43,21 és 2001-es 40,67 %-kal. 1994-es európai mandátumaiból 33-at veszített el. Ebben a választási rendszer nem játszott szerepet, ugyanis a régivel is csak 30 mandátumot szerzett volna.²⁹ A Konzervatív Párt 35,6 %-os eredményt ért el, 4–5 %-kal szerepelt jobban, mint 1997-ben és 2001-ben, viszont megduplázta európai parlamenti képviseletét (18-ról 36-ra). Az egyéni kerületi rendszerben 49 mandátumhoz jutottak volna, az aránytalanságot tehát az ő esetükben csökkentette a listás szisztéma, de így is, mint ellenzék, megnyerték a félidős voksolást.

A legnagyobb nyertese az arányos listás rendszernek a brit pártpalettán szereplő több kisebb párt lett, melyeket legjobban sújtott az FPTP. A Liberális Demokraták tíz, a Skót Nemzeti Párt két helyet szerzett, és először jutott be az

²⁶ International IDEA. http://www.idea.int/voter_turnout/voter_turnout_pop9.html

²⁷ JEAN BLONDEL, RICHARD SINNOTT and PALLE SVENSSON: *People and Parliament in the European Union*. Oxford, Clarendon Press, 1998: 195. p.

²⁸ Ez a maastrichti szerződésben szereplő új elnevezés, tehát nemcsak brit változás.

²⁹ Bryn Morgan & Richard Cracknell: *Elections to the European Parliament – June 1999*. Research Paper 99/64: 7. p. House of Commons Library. <http://www.parliament.uk>

Európai Parlamentbe a walesi Plaid Cymru, rögtön két képviselővel, és két olyan párt, amely a hazai parlamentben még sohasem tudta képviseltetni magát: a Zöld Párt két, az Egyesült Királyság Függetlenségi Pártja pedig három képviselővel.

Az 1999-es választás új helyzet elé állította a pártokat is, többek között a lista összeállításával, annak módjával kapcsolatban. Ez mindegyik pártban nehézségek közepette zajlott, mivel a zárt lista megnövelte a párteltek szerepét a lista összeállításában, kiélezte a pártokon belüli ellentéteket. Ez különösen a Munkáspártban okozott problémákat. A jelölést a pártok választókerületi testületei végezték, a végleges listát és a lista sorrendjét az országos regionális vezetőségek és a tisztségviselők testülete állította össze. A Konzervatív Párt regionális szinten választott ki jelölteket egy előzetes jelöltlistáról, a lista tagsági szavazás alapján vált véglegessé. Ugyanez a módszer a Liberális Demokrata Pártnál, a Skót Nemzeti Pártnál és a walesi Plaid Cymru esetében is. A 2004-es választásra a Munkáspárt is változtatott, nagyobb szerepet biztosítva a tagságnak a lista összeállításában, bevezette a regionális szintű tagsági szavazást.

Miután a brit választó a first past the post miatt jelöltközpontú, a listát is személyre való szavazásra használja fel, amit az 1999-es választás tapasztalatai mutatnak. Például három jelölt, akik nem kerültek fel a Munkáspárt listájára, függetlenként indulva jelentős számú szavazatot szereztek.³⁰ Ezért a pártoknak nagy figyelmet kell fordítaniuk arra, hogy listáik elején olyan neveket szerepeltessenek, melyek alkalmasak szavazatszerzésre. Miután a listás rendszer új, idegen a szigetországban, ez az 1999-es választáson még nem teljesen érződött a pártok listáin. A kampánytevékenység és kampányköltségek országosan, választókerzetek közötti egyenlő elosztása viszont megfigyelhető volt már 1999-ben is. Ez ugyanis eltért az egyéni kerületi, egymandátumos választásokon szokásostól, ott a biztos kerzetekre kevesebb energiát és pénzt fordítanak, mint a bizonytalanokra, a kampánytevékenység és kampánypénzek megoszlása egyenlőtlen.

A listás választási rendszer bevezetése mellett egyik érv az volt, hogy az ilyen típusú rendszerek növelik a választói részvételt. Ez azonban nem igazolódott a brit európai választáson, ugyanis a részvétel tovább csökkent, 1999-ben 24 %-os volt. Ez pedig nemcsak az Egyesült Királyságban negatív csúcs, hanem az eddigi legalacsonyabb részvétel minden európai választást figyelembe véve az összes tagállamba. 1999-ben az uniós átlag 49,4 % volt, kétszer annyi, mint a briteknél. A választási részvétel a hazai választáson is drasztikusan csökkent, 2001-ben 59,38 %-os volt, tehát ez is belejátszott a példátlanul alacsony európai választási részvételbe, az új választási rendszertől való idegenkedés és a választás itt különösen erősen megnyilvánuló szekunder jellege mellett.

A kormány a részvétel növelése érdekében a 2004-es európai választást a helyi választásokkal egy időben kívánja megtartani. Ugyanilyen célból terjesz-

³⁰ Changed Voting Changed Politics: 72. p.

tett be egy olyan javaslatot, melynek értelmében négy angol régióban kísérletképpen új módon, postai úton lehessen csak voksolni, és egyszerre a helyi önkormányzati és európai képviselőkre. A helyi önkormányzati választáson 2000 óta már néhány kísérleti körzetben alkalmazták a kizárólagos postai szavazást, több más kísérlettel együtt különböző körzetekben (előrehozott szavazás, elektronikus szavazás, többféle módszert alkalmazó körzetek). A legeredményesebb kísérletnek a postai voksolás bizonyult. Az 1999-ben hagyományos módon lebonyolított szavazás 25–30 %-os részvételi aránya 2003-ban 45–50 %-ra nőtt ugyanazokban a körzetekben. Ez motiválta azt a törvényjavaslatot, amely kísérleti jelleggel lehetővé teszi az európai választáson is a kizárólagos postai voksolást, még akkor is, ha egy napon többféle választást bonyolítanak le.³¹ A Lordok Háza azonban csak a Választási Bizottság által eredetileg javasolt két régióban tartotta elfogadhatónak az új módszer bevezetését és elvetette a négy régióra tett javaslatot. A liberális és konzervatív lordok a demokráciát féltve túlságosan kockázatosnak tartották az új technika nagyobb kiterjesztésű bevezetését. Így a javaslat visszakerült az Alsóházba, ahol végül az utolsó pillanatban megszületett „Az európai parlamenti és helyi választási (kísérleti) törvény 2004”, még időben ahhoz, hogy életbe léphessen a 2004. júniusi választáson. Eszerint az alsóházi kormánytöbbség a Lordok Házával szemben a négy körzetben bevezetendő postai szavazást fogadta el, így North East, East Midlands, Yorkshire and the Humber és North West választási régiókban csak postai úton lehet szavazni 2004. június 10-én. Érdekes, hogy az alsóházi vitában néhányan a listás voksolásra történő áttérést tették felelőssé az 1999-es rendkívül alacsony részvételért, ezért az FPTP-hez való visszatérést vetették fel.³²

A brit euro-választások és az arányosság

Miután az országok demográfiai arányait az Európai Parlament összetétele nem tudja tükrözni, a reprezentativitást, a képviselet egyenlőségét, arányosságát az arányossági mutatók alapján lehet valamelyest mérni. Az Egyesült Királyság deviációs indexe az öt választás átlaga alapján 23,12 %. Ezzel a legaránytalabb eredményeket produkálta, amivel nagymértékben befolyásolta az Európai Parlament pártérvviszonyait. Ez természetesen a négy választáson alkalmazott egyéni kerületi, többségi rendszernek köszönhető. Az utolsó választáson, az arányos listás rendszerrel, a 14,3 %-os aránytalansági indexszel már a mérsékelt aránytalan kategóriába került, az arányossági mutatója tehát javult. A javu-

³¹ Ezt a Representation of the People Act 2000, amely a helyi választásokon lehetővé tette a kísérletet, nem engedélyezte azt más választásokon, illetve az egy napon tartott többféle választáson. 2001-ben ezért nem voltak a helyi választáson kísérleti módszerek, mert egyszerre tartották az általános parlamenti választással.

³² Standard Note No. 2806: The European Parliamentary and Local Elections (Pilots) Bill: recent developments. <http://www.parliament.uk/commons/lib/research/rp2003/rp03-076.pdf>

lás ellenére azonban a brit európai parlamenti képviselő „representativitása” elmarad a többi tagországtól. Luxemburg kivételével – ahol csak hat európai parlamenti képviselőt választanak – minden tagállamban arányosabb eredmények születtek a legutóbbi választáson. 1999-ben a többi 14 tagállam deviációs indexe 8,6 %. A nők és etnikai kisebbségek aránya viszont nőtt 1994-hez képest, előbbieknél 19-ről 25 %-ra, utóbbiaknál egyről négy képviselőre. A nők brit európai parlamenti képviselője is elmarad azonban az EU átlagától, ami 33,7 %.³³ A 2004-ben 78-ra csökkentett brit képviselői kontingens miatt az európai választás arányossági mutatója várhatóan romlani fog.³⁴

Az európai választások alakították ki az Európai Parlament pártrendszerét. A pártrendszerrel kapcsolatban az effektív pártszámot vizsgálhatjuk európai viszonylatban is, az egyes országok képviselőinek töredezettségét mérhetjük vele és vethetjük össze a hazai parlamenti pártrendszer frakcionalizáltságával. Az Egyesült Királyság esetében a két pártrendszer nem tér el egymástól, mind az Európai Parlamentben (2,23), mind a House of Commons-ban (2,11) kétpártrendszert jelez. Hozzá kell azonban tenni, hogy ez a megállapítás csak az első négy európai választásra vonatkozóan igaz, mert az utolsó EP választáson az új rendszerben már 3,36 volt az effektív pártszám, azaz az Európai Parlament esetében megszűnt a brit kétpártrendszer, érzékelhető a listás szisztéma hatása. Ez az érték 1994-hez képest megduplázódott, akkor 1,7 volt. Az északír képviselőket is figyelembe véve tíz párt jutott európai parlamenti képviselőhez, ami brit viszonylatban, a 87 képviselőt tekintetbe véve rendkívül magas szám.³⁵ A többi 14 ország átlagától (5) azonban így is elmarad, a „representativitás” ebben a vonatkozásban is gyengébb.

A brit pártok az Európai Parlamentben

A brit választási rendszer komoly gondokat okozott az Európai Parlamentben azzal, hogy egyetlen országgént döntően befolyásolta a parlamenti erőviszonyokat. Az FPTP következtében ugyanis vagy a konzervatívok, vagy a Munkáspárt 40–60 képviselőt tudott küldeni az Európai Parlamentbe (egyetlen más ország egyetlen más pártja nem tudott ilyen nagyszámú reprezentánst bejuttatni), ezzel döntően befolyásolni tudta a parlamenti erőviszonyokat. Másrészt az egyik választásról a másikra történő nagyarányú változás a mandátumszámban – ami szintén az FPTP következménye – túlságosan egy országhoz kötötte a parlamenti erőviszonyok megváltozását.

³³ DAVID M. FARELL – ROGER SCULLY: The Election and Representative Role of MEPs. *Draft Paper for the Working Group on Democracy in the EU for the UK Cabinet Office.*

³⁴ Uo.

³⁵ A 87 képviselői helyért 41 lista indult el, ami szintén meglepően nagy szám. MARTIN HOLLAND: The 1999 European Parliament Elections. *New Zealand International Review*, 1999, vol. 24. 24–34.

1979-ben, az első parlamentben a konzervatívok 61 képviselője (egy északi, az Északír Unionista Párt képviselője is ide csatlakozott) Európai Demokraták néven három dán konzervatív képviselővel együtt az akkori parlament harmadik legnagyobb politikai csoportját alkották a kereszténydemokraták és a szocialisták mögött. A Munkáspárt a szocialista politikai csoportba lépett be, bár az európai integráció sok kérdésében különálló, tartózkodó magatartást tanúsított. Ugyanide csatlakozott az északi Szociáldemokrata és Munkáspárt egy képviselője is. A Skót Nemzeti Párt egy fővel a gaulleista csoporthoz (Európai Demokraták Szövetsége) tartozott, míg egy északi képviselő – a Demokratikus Unionista Párt részéről – csoporton kívülálló maradt. Az 1984-ben és 1989-ben megválasztott parlamentben a brit képviselők politikai csoportonkénti megoszlása nem változott.

Az 1994-es parlamentben viszont már változott a brit képviselők politikai csoporthoz tartozása. 1992-ig a brit konzervatív európai parlamenti képviselők nem voltak tagjai az Európai Néppárt parlamenti csoportjának, a pártban lévő erős euroszeptikus irányzat és a szociális kérdés eltérő felfogása miatt. Ekkor csatlakozhattak, ha nem is teljes jogú tagként a jobbközép kereszténydemokrata-konzervatív csoportosuláshoz. Így 1994-ben a brit konzervatívok már nem alkottak külön csoportot, hanem az Európai Néppárt frakciójához tartoztak Európai Néppárt-Európai Demokraták néven. A két liberális képviselő a Liberális, Demokrata, Reformista csoporthoz csatlakozott, a Skót Nemzeti Párt két képviselője pedig az Európai Radikális Szövetséghez. A Demokratikus Unionista Párt is változtatott, az újonnan alakult Függetlenek a Nemzetek Európájáért csoport tagja lett.

1999-ben az újonnan bekerült pártok közül a Zöld Párt és a Plaid Cymru a Skót Nemzeti Párttal együtt a Zöldek-Európai Szabad Szövetség politikai csoportban helyezkedtek el, a Demokratikus Unionista Párt pedig csoporton kívül maradt. A többi párt frakcióhoz tartozásában nem történt változás.

Összegzőképpen megállapítható, hogy a brit Westminster típusú, többségi demokráciában, ahol a választás dönt a két kormányzati alternatíva között, nem a koalíciós tárgyalások függvénye a kormányzati többség kialakítása, nagyobb a különbség az elsődlegesnek tekintett hazai és a másodlagos európai választás között. Ez megmutatkozik az eredményekben, sokkal nagyobbak az eltérések a két választás eredményei között, megmutatkozik a választói részvételben, ami alacsonyabb, mint máshol, és a választói magatartásban is, kevesebb a taktikai, nem elsődleges pártpreferenciát kifejező szavazat. Ezen nem változtatott az 1999-ben bevezetett új, listás rendszer sem, sőt a listás rendszerben még erőteljesebben megjelennek ezek a többségi demokrácia modelljéből következő sajátosságok. Nagy kérdés, hogy a 2004-es választáson, amikor másodszor voksolnak a brit választók az új rendszerben, és félidős választás lesz, milyen tendenciák erősödnek fel, az elsődleges és másodlagos jellegű választás közötti kü-

lönbségek dominálnak továbbra is, vagy történik valamilyen változás a két típusú választás közötti viszonyban.

GYÖRGY FÁBIÁN

THE BRITISH EUROPEAN PARLIAMENTARY ELECTIONS

(Summary)

The European parliamentary election system has been integrated with difficulty to the electoral process of the United Kingdom (UK). The so called First Past The Post (FPTP) system of the elections to the House of Commons was accepted in 1978 for the elections to the European Parliament (EP), as well. The first four direct elections (1979, 1984, 1989, 1994) were held with this system. But the status of the members of the European Parliament (MEP) differs from the status of the members of the House of Commons. The character of the representation in the two parliaments is different. That is why in this case the FPTP was not a completely appropriate method for the MEP's election, because the relation of the electorate and the representatives in the two cases is not the same. Besides, the only country where the European elections were held in such a way was the UK and this fact caused some problems in the party structure of the EP. Namely the FPTP causes great distortions concerning the proportion of the votes and seats and may cause great changes in the results of two subsequent elections. Because of these problems, following the EP's resolution of 10 March 1993 and the concept of "principles common to all Member States" concerning EP elections introduced by the Treaty of Amsterdam instead of the uniform electoral procedure, the UK accepted a new system for the 1999 elections to EP. The new system is a proportional representation one with closed regional lists.

The paper deals with the main features of the British elections to the EP in comparison with the elections to the House of Commons. It examines the campaigns, the political context, the party's attitudes to the European elections and the electoral results in itself and in the light of the general elections. It examines the proportionality of the electoral results and its influence on the party system of the UK and the EP, as well. Besides, the paper deals with the electoral behaviour. The turnout is very low, the lowest in the European Union (EU). Analysing the reasons of this phenomenon, the author suggests that in the UK the second order character of the EP elections appears much stronger than in any of the other Member States of the EU.

Finally, the attempt made by the government for the increase in the electoral turnout by means of all postal voting in some regional constituencies and holding together the EP and local elections introduced by the European Parliamentary and Local Elections (Pilots) Act 2004, has been shown.

JÓZSEF HAJDÚ*

The individualisation of social security rights in Hungary

Introduction

The social protection system of all the member states of the European Union has regulations which attach the individual's social protection to the special family status – single, married, common-law spouse.¹ The same is true for Hungary.

However, by the end of the 20th century the structure of families changed, the number of divorces and one-parent families increased, and the mass employment of women necessarily led to a change in the traditional distribution of tasks between spouses. At the same time social protection schemes did not change, they failed to follow the social changes.

In the background of individualisation there are basically two major factors: one is the dependent position of women, their disadvantageous situation in the labour market, the other is the high expenses of social protection schemes set up at the end of the 19th and at the beginning of the 20th century.

Thus, the objective set forth on the basis of the first argument is to improve women's position in the labour market. In Hungary, the dominant family model is still the one in which, in accordance with the traditional distribution of tasks and roles, men provide for the family and earn the necessary sources for the support of the whole family, while women run the household, bring up the children and possibly look after the old. This is becoming less common, though. During the last century – especially in the socialist regime – women fought for their equality successfully. They gained ground in education, in the labour market and acquired political rights, too. The great proportion of women finding employment, their entry into the labour market upset the previous

* Associate professor, Faculty of Law of Szeged University, Szeged and Faculty of Law of "Károli Gáspár" University, Budapest.

¹ European Commission: Modernising and Improving Social Protection in the European Union, Communication from the Commission, COM (97) 102 p. 15.

balance between the two sexes, and questioned men's almost exclusive role as "breadwinners" within the family. Thus, as it often happens, women have to cope with the double burden of running the household and making a career. Promotion in the workplace is necessarily broken by child-bearing, and in many cases the employment of young mothers after childbirth is hindered by various obstacles, although the Labour Code prescribes that they should be given the so-called legal protection against dismissal [Paragraphs d)–e) of Section (1) of Article 90 of Act XXII of 1992] – it means that their employment relationship cannot be terminated with ordinary notice during the period of child care allowance and child care fee. However, their out-of-date, unimproved professional knowledge and their ever-decreasing motivation often has the result that after the expiry of child care allowance many of them are unable to return to the labour market.

Hungary has faced deep changes in their economic structures as well as in political and social life on the road of transition and labour market restructuring. Consequently, the impact of economic transformation has been different for men and women. As a whole, the most pressing issues for women and gender relations in the world of work in Hungary may be characterized as follows:

- a) Difficulties in securing employment and decent income in fluctuating labour markets
- b) Insufficient coverage and effectiveness of social protection and social services
- c) Inadequate participation of women in social dialogue and decision-making structures concerning the economic and political environment

The unemployment is more often a problem of women than for men, with higher unemployment rates. Unemployed women are also exposed to a greater risk of remaining unemployed for a longer time. In addition, women are affected to a great extent by hidden unemployment and work in the growing informal sector.

Gender segregation in employment still prevails in Hungary. In the labour market, low-paid occupations in the textile industry, office work, health and education, public sector and services are as a rule female dominated. Women are very often paid less for equal work of equal value.

The willingness of women to find employment is also suppressed by the fact that in many cases they continue to be entitled to social insurance benefits based on the so-called derived rights. At the same time they may find themselves defenceless in case their marriage breaks up or the partnership is ceased.²

² European Commission: Modernising and Improving Social Protection in the European Union, Communication from the Commission, COM (97) 102 p. 15–16.

Social protection schemes and services. Due to budget constraints, subsidies and support infrastructure for the provision of social services such as child care have been cut back, thus shifting the responsibility more to the private sector and the family. As a result, social protection has become more precarious, and it has become more difficult for employees to combine their work, family and social responsibilities.

As a rule, Hungary ratified the core ILO Conventions on gender equality and discrimination, thus legally guaranteeing equality between men and women. Nevertheless, in practice women still face marginalization and unequal treatment in the labour market, and especially in decision making.

Reforms have increased formal/legal equality between women and men, but have not promoted substantive gender equality. Reforms have not generally enhanced women's employment and life choices. Labour market transformation has had a negative impact on social security.

The equality was not a driving force of social security reforms in Hungary. Instead, the driving forces of social security reforms were: a) urgent need to assist „losers” from the transformation process; b) fiscal constraints; c) political priorities and d) public priorities. The effects of that process were: a) downsizing of services; b) targeting of benefits; c) „marketization” of social security, d) individualization of pension benefits and e) increase retirement age. The above mentioned individualization has basically been occurred only in the second pillar (obligatory, private pension insurance).

The individualization in pension benefits means: a) all contributions count – positive; b) impact of different life expectancy; c) gender wage gap reproduced; d) negative impact of different employment patterns and e) no „caring credits” in individual pension accounts.

Along this line of thinking one should also mention children, who – as future employees – are often partly insured based on the parents' right. If, however, due to the above-mentioned reasons derived rights are meant to be terminated, the problem arises under what entitlement children possibly without a parent providing for them will be eligible for benefits.

The other reason why social protection systems should be reconsidered is the high expenses of the current structures. In the majority of the cases there is no return service for the coverage of benefits paid on the basis of derived rights, which entails considerable extra expenses for social insurance funds.

The purpose of the present study is to examine derived rights and personal dependency relations as well as to identify cases of entitlement to benefits not covered by contributions in the Hungarian system of social protection, and – if possible – to determine what purpose they serve within the structure. After the review and legal analysis of relevant regulations the cases in which the problem of derived rights is encountered will be highlighted. The present study is focus on health, pension and unemployment schemes.

1. The concept and sources of the Hungarian social security law

According to Article 70/D of the Hungarian Constitution „Everyone living in the territory of the Republic of Hungary has the right to the highest possible level of physical and mental health. The Republic of Hungary implements this right through institutions of labour safety and health care, through the organisation of medical care and the opportunities for regular physical activity, as well as through the protection of the urban and natural environment.” Furthermore, the Article 70/E states, that „Citizens of the Republic of Hungary have the right to social security; they are entitled to the support required to live in old age, and in the case of sickness, disability, being widowed or orphaned and in the case of unemployment through no fault of their own. The Republic of Hungary implements the right to social support through the social security system and the system of social institutions.”

In Hungary the substance of social security is regulated by laws, these are supported by government decrees that regulate implementation.

There is no strict definition of social security in Hungary. However, a distinction is often made between three basic forms of social security: social insurance schemes (*társadalombiztosítás*), the social assistance scheme (*szociális segélyezés*) and universal schemes (*állampolgári jogon járó ellátások*).

Social insurance schemes in Hungary cover the risks of sickness, maternity, health care, labour accidents and professional diseases, work incapacity, old age and survival pension. Social insurance schemes are state run, compulsory, pay-as-you-go type, financed by contributions and based on the performance of some kind of professional activity. All persons covered by social insurance (employees, the self-employed etc) belong to the same scheme. There are no special schemes for specific professions, such as farmers or civil servants. However, certain occupations (such as law enforcement agencies, the armed forces, miners and artists) enjoy special additional rules, which can be found in the legislation governing those professions. Although passive unemployment benefits are not officially classified as social insurance, they are still deemed to fall within the ambit of social security and are organised according to social insurance principles.

The social assistance scheme provides means-tested financial assistance, both in cash and in kind, for any individual who cannot support him/herself.

The universal scheme provides benefits, which are not granted under either social insurance or social assistance, but guaranteed by the state and financed out of the general budget (taxation). They are therefore not dependent upon the need of the beneficiaries or the performance of some professional activity. A scheme is defined as „universal”, when every citizen who meets the conditions is entitled to the benefit. The new Hungarian family support scheme, which

covers the majority of child and/or family related benefits, came into force on 1 January 1999 and is managed according to the universal principle.

As a summary, we can say that the main force of the Hungarian social security scheme is the social insurance system. It is supplemented by the social assistance and universal type systems.

2. Administrative organisation

There are five main branches of social security administration in Hungary. These are pension and health (including statutory employment injuries and occupational diseases system) and the rest are the unemployment insurance, the family support system and the social assistance system. As far as the administrative organisation of social security is concerned only the pension and health branches are officially recognised as social insurance, even though the passive unemployment benefits are operated according to social insurance principles.

The Hungarian pension system underwent a comprehensive reform in 1997. This represents a major improvement on the previous systems and should protect pensioners while greatly improving fiscal accounts. It has one mandatory pillar plus two supplementary pillars.

The mandatory pillar is the state pension, which is publicly managed and financed on a PAYG basis from the Pension Insurance Fund. This system is managed by the National Pension Insurance Administration (*Országos Nyugdíjbiztosítási Főigazgatóság*) and its county (capital) branches [*megyei (fővárosi) nyugdíjbiztosítási igazgatóságok*]. There is a special body affiliated to the National Pension Insurance Administration called the Pension Reimbursement Directorate (*Nyugdíjfolyósító Igazgatóság*). The Pension Reimbursement Directorate is responsible for the payment of pensions and in special cases will also calculate the sum of the pension. In addition it distributes benefits other than those falling under social insurance.

The second pillar consists of privately run pension funds and is funded on a capitation basis. This pillar is administered by several independent and authorised private pension funds, which are supervised by the state. Employers, chambers of professionals, unions of employees and employers, voluntary pension funds and the local municipalities (of Budapest and the counties) may set up such pension funds. These funds are non-profit organisations owned by their members and operated according to the relevant regulations and their own bylaws. Insured persons are free in their choice of pension fund. If they are later unhappy with their choice it is possible to transfer to another fund.

The administration of mandatory health insurance is fulfilled by the National Health Insurance Fund Administration (*Országos Egészségbiztosítási Pénztár*, hereinafter the NHIFA), by the county (capital) health insurance

bodies (*fővárosi és megyei egészségbiztosítási pénztár*) and by the workplace-based social insurance pay-offices (*munkahelyi kifizetőhely*).

The National Tax Authority (*Állami Adóhatóság*), its capital and county branches are responsible for collecting, recording and supervising the payment of social insurance contributions. Every insured person and his/her employer must declare and pay regularly the health and pension contributions to the Tax Authority.

The institutional structure of the Hungarian unemployment system can be divided into two main types. One is the self-governing bodies and the other one is the administrative bodies. The National Employment Service (*Állami Foglalkoztatási Szolgálat*) (this is the administrative body of unemployment insurance system) consists of; the National Employment Office (*Foglalkoztatási Hivatal*); County (Capital) Labour Centres (*megyei [fővárosi] munkaügyi központok*) and Labour Force Development and Training Centres (*munkaerő-fejlesztő és -képző központok*). The self-governing bodies are as follows: National Employment Council (*Országos Munkaügyi Tanács*); Governing Body of Labour Market Fund (*A Munkaerőpiaci Alap Irányító Testülete*), and County (Capital) Labour Council (*Megyei [fővárosi] Munkaügyi Tanács*).

The benefits under the family support scheme are universal and financed by the state central budget, but administered by the Hungarian Inland Revenue Office (*Magyar Államkincstár*) and subordinate bodies in workplaces (*családtámogatási kifizetőhely*).

The benefits under the social assistance scheme are means-tested, financed by the state central budget and by the local government's budget, but administered only by the local governments (*helyi önkormányzatok*).

3. *Personal scope of application*

The personal scope of pension and health insurance covers the following categories of people:

I. Insured person (entitled to all social insurance benefits)

II. Partly insured persons (only entitled to certain social insurance benefits) who may be divided into those who are only

- entitled to benefits within the employment injuries and occupational diseases scheme
- entitled to health care benefit, if the health problem derives from employment injury and occupational disease
- entitled to health care benefits

I. The insured person

The insured persons are employees, both public and private sector, who are bound to their employers by a contract of employment, as well as certain categories of people who are treated as such. Thus, the coverage for all employee insurance schemes is extended to (amongst others) apprentices, handicapped persons in occupational training, domestic workers, paid musicians, paid governors and the mandatories of non-profit making organisations. Furthermore, classification as an insured person requires a double link with the Hungarian territory; i.e. the person's place of labour and the location of his/her employer's business must both be in Hungary.

As regards insured persons, the legal regulation concerning *contributing family members* seems to be relevant. A contributing family member is „a close relative of the private entrepreneur, or the natural person member of a private company without legal entity”³ if such close relative is personally performing remunerative services for the business of the private entrepreneur or company – not in the framework of an employment relation – if such relative is not a direct entitlement pensioner, does not receive survivor's pension and if he/she has not reached the pensionable age pertaining to him/her” [Paragraph g) of Article 4 of Act LXXX of 1997 on persons entitled to social security benefits and private pensions, as well as the coverage of these services; hereinafter referred to as Tbj]. The close relative as a contributing family member shall be considered as insured only if the income serving as the contribution base reaches thirty per cent of the minimum wage valid on the first day of the preceding month. [Paragraph g) of Section (1) of Article 5 of Tbj]. If this condition is fulfilled, he/she shall become entitled to social security services on the basis of contribution payment, according to the other categories of the insured. Consequently, this is not the classical category of derived rights as the relative obtains entitlement „in return for” his/her own work and contribution payment and not exclusively through the work performed and contributions paid by his/her relative. The disturbing factor in this relationship is that a special personal dependency relation (being related) is encountered.

II. Partly insured persons

Some groups of persons are only covered by a limited number of health and pension insurance schemes (so called partly insured persons).

There can be several reasons why certain social groups belong to this category. Some persons already receive permanent or temporary social security benefits under other entitlements (pension, benefit, other provisions). Others

³ The concept of close relatives is the same as the one used in civil law [Paragraph b) of Article 685 of the Civil Code].

are classified here due to social, youth protection or life protection considerations (socially needy persons or other endangered groups unprovided for: under-aged children, students at an educational and vocational institution, higher education institution, people who suffer from a mental disease or some kind of addiction and who are undergoing treatment in an institute of socio-therapy, people performing military service, persons detained, etc.).⁴

According to the Hungarian social insurance law partly insured persons are as follows:

- Those entitled to benefits for employment injuries and occupational diseases scheme: Accident benefits, accident-related disability pension and accident-related survivor's retirement benefits are paid to anyone who is considered to be performing supplementary activity. Someone performs supplementary activities when they are a retired person who continues to operate as a private entrepreneur, company member, employee or member of a co-operative, etc.

- Those entitled only to health care benefits for employment injuries and occupational disease: for example, students at an educational and vocational institution, higher educational institution, etc.

They are not directly entitled to services. In their case the classical requirements of social insurance – performing work and paying contributions – are missing. However, these persons receive services on the basis of the principle of solidarity still prevailing in social security, and not as a derived right.

- Those entitled only to health care benefits: covers (inter alia) recipients of various social insurance and social assistance benefits including sick pay, maternity or confinement allowance, accident-related sick pay, accident-related annuity, old-age, disability or survivor's pension, child care allowance and most social assistance benefits. This category also includes Hungarian citizens pursuing full-time studies at a secondary, vocational or a higher educational institution as well as the dependants of an insured person and any under-aged Hungarian citizen residing in Hungary.

Persons entitled to health care services as partly insured [Paragraphs a)-r) of Section (1) of Article 16 of Tbj.] include several groups who are entitled to services on the basis of derived rights. From the point of view of this study the most important of them are the following:

⁴ CzÚCZ, OTTÓ: *ibid*, p 145.

- a) pursuant to paragraph k) of the Act the close relative [Paragraph b) of Article 685 of the Civil Code] or common-law spouse of the insured person or of the partly insured person entitled to health care services,⁵ whose monthly income does not exceed 30 % of the minimum wage in force on the first day of the year under consideration;
- b) pursuant to paragraph p) the *person who concluded an agreement on obtaining eligibility for health care services* and his/her dependents; and pursuant to paragraph r) the close relative or common-law spouse of the person obliged to pay health insurance contribution if his/her monthly income does not exceed 30 % of the minimum wage in force on the first day of the year under consideration. With these categories the major aim of the lawmakers was to prevent the deterioration of health of inactive relatives, who do not have insurance legal relationship.

The services provided for the relatives of persons specified in paragraph k) are covered by the central budget by the transfer of the health tax. [Section (1) of Article 39 of Tbj]

Persons specified in paragraph r), who are not insured and uninsured relatives (dependents) whose monthly income exceeds 30 % of the minimum wage shall pay 11 % health insurance contribution as of January 1, 2003 [Section (2) of Article 39 of Tbj]. In consequence of this the Health Insurance Fund acquires further income from contributions, but no contribution is paid for relatives in this case, either.

At the same time the Act prescribes direct entitlement for under-aged Hungarian citizens residing within the territory of the Republic of Hungary [Paragraph l) of Section 1) of Article 16 of Tbj]. Individualisation is achieved in the case of children, as they become eligible for health care services of their own right, and not of their parents' right.

Nevertheless, some persons are excluded from Hungarian health and pension insurance schemes, such as small-scale agricultural entrepreneurs, diplomats, foreign employees of international organisations, foreign nationals working for foreign employers, etc. These excluded persons may conclude an agreement with the social insurance organisation in order to receive certain social insurance benefits (health care and/or pension). These agreements enable people to purchase entitlement to health care benefits and to buy "years of service" that count towards their pensions (private as well as statutory). Foreign citizens covered by international treaties are entitled to social security as provided for by such treaties.

⁵ Common-law spouses shall be construed as two unmarried persons living together in an emotional and financial community in the same household, irrespective of whether they are or are not of the same sex. [Article 685/a of the Civil Code]

Personal scope of unemployment scheme

Active means promoting employment include two types of support. On the one hand the ones to which any unemployed person may become entitled (promoting trainings, support for intensive job-seeking, support for self-employment), but the awarding of these belongs to the discretionary powers of the employment centre, thus they are not entitled automatically by the law, it is not the case of individualised entitlement. The other group of active means of support can be received by the employers who make steps to promote employment, create new jobs (labour market services, supports to extend employment, support for work in the public interest, etc.). These do not belong to the sphere of the issue discussed here.

The unemployment (passive) benefit scheme covers all Hungarian employees who work under an employment contract. The system does not cover the self-employed or those working under civil code contracts, etc. According to the Hungarian Unemployment Act „*unemployed person*” means a person having the conditions necessary for the establishment of an employment relationship, who is not pursuing studies as a full-time student at any educational institution, who is not entitled to old-age pension, who collaborates with the unemployment office, and declares under penalty of perjury that he/she is neither employed, nor pursues any other income-earning activities, with the exception of temporary employment, and who has been entered in the registry of the employment center as unemployed.

Special rules apply to the supports which are meant to promote the employment of young unemployed persons, to improve their skills and professional expertise and to help them acquire work experience. The „*entry-level job seeker*” shall mean an unemployed person under the age of 25, or under the age of 30 for those with university or college degree, having the potential to establish employment and registered by the employment center, provided that such person did not gain eligibility for unemployment benefits upon graduating from school.

It can be stated that the common feature of passive means for the support of the unemployed is that the unemployed person is considered as an individual and no derived rights are founded for family members and other relatives, and also that the unemployed person’s entitlement to unemployment benefits does not depend on these family relationships either. Unemployment supports can be considered as operating in an individualised system, that is everybody can claim benefits only of his/her own right.

4. Risks and benefits

4.1. Old age

The Hungarian old age pension systems has undergone considerable reform. As from early 1998, the Hungarian old age pension system consists of three components:

- a conventional, pay as you go social insurance pension from the Pension Insurance Fund, (hereinafter the „first pillar”)
- a private pension provided by private pension funds, (hereinafter the „second pillar”)
- a pension service provided by voluntary pension funds (hereinafter the „third pillar”).

Under the new system the first and second pillars were mandatory for all new entrants into the labour force as of 1 July 1998. The new entrants are not obliged to enter the 2nd pillar from January 1, 2002. Workers who had already acquired pension rights under the old system and those who entered the labour market before July 1998, had the option of either staying in the (reformed) first pillar, or switching to the new system comprising of the first and second pillars. The new system began operating on 1 January 1998. Workers were given two years to exercise their right to switch to the new system (until August 1999). Those who initially opted for the new system were free to return to the first pillar until December 2002. After that date, workers will be permanently affiliated either with just the first pillar or with the new, mixed system of the first and second pillars. Those who chose to remain within the first pillar will still receive a full pension from the PAYG fund. Those who join the new system will receive a pension from the first pillar equal to three-quarters of that given to those who decided to stay with the first pillar. Their first pillar pension is then supplemented by their second pillar pension.

The first pillar of old age pension forms the backbone of the social insurance pension system. In this system the retirement age is gradually being increased from 60 (men) or 55 (women) to 62 years for both sexes. This gradual process will be completed by 2009. Until 2009 one has to accumulate 20 years of service record (periods of insurance) to be entitled to a full pension and 15 years to a partial one.

The amount of the pension is calculated according to the claimant's service record and his/her average monthly gross earnings upon which contributions have been paid. The calculation of average earnings takes into account all earnings received between 1 January 1988 and the day of retirement. Earnings

made before the third year preceding retirement have to be adjusted upwards to the level of the second year preceding retirement, and that average has to be taken into account thereafter. Until 2009 the full pension may not be less than the minimum pension (23.200 HUF in 2004), which is set annually. It is a sum that is close to half the average pension. For a service record of 20 years the pensioner will receive 53% of his/her average monthly earnings (up to the contribution ceiling). S/he will receive an extra 2% for each year of service between 21 and 25 years of service record, 1% for each year of service between 26 and 36, 1.5% for each year of service between 36 and 40, and 1.5% for each year s/he works after 40 years of service.

The formerly mandatory private pension component was introduced as an integral part of the statutory social insurance type pension scheme, as the second pillar of a multi-pillar pension. When an insured person pays his/her pension contributions part of these are kept in the first pillar PAYG fund and another part is transferred to a private pension fund. Should disablement occur, an insured person might return to the social insurance pension scheme because the private pension scheme is not prepared to handle the risks of disablement. When a person returns to the social insurance pension system, there are two options: the sum on his/her personal account is either transferred to the Pension Insurance Fund or it is not. If it is, then his/her case is treated as if s/he were an ordinary contributor. Consequently, his/her pension is calculated according to the general rule. If that sum (membership fee plus interest) is not transferred, then the person is entitled to a reduced social insurance pension.

The second pillar pension is derived from the sum that has accumulated from the insured person's contributions plus the interest borne therefrom. Since 2002 there is no minimum guaranteed private pension annuity paid under the second pillar. The Guarantee Fund of private insurance scheme guarantees only the sum which has been accumulated from the insured person's contributions plus the interest of this amount.

The second pillar pension fund provides annuities (pension) and/or lump sum payments for its members.

The annuities available are as follows:

- an annuity paid until the end of the member's life,
- an annuity that is disbursed to a pension fund member until a certain set period and thereafter until the end of his/her life, or
- an annuity that is disbursed to a pension fund member until the end of his/her life and thereafter to his/her for a certain period, or
- a joint-life annuity, beginning on a specified date; paid until both husband and wife have died.

Lump sum payments may be made in the following cases:

- if a pension fund member dies before reaching the retirement age (62); (in such case the designated surviving relatives are entitled to receive the lump sum payment)
- if a member failed to acquire 180 months of membership in one or more pension funds.

Voluntary pension scheme

The program of a supplementary private pension pillar was approved by Parliament in 1993. Since December 1993 Hungarian law has allowed the establishment of voluntary pension funds of the third pillar. They enable the pension fund members to complement their pension with voluntary savings. Their employers usually contribute to these saving (even though they are under no direct obligation to do so) and the pension fund members are entitled to tax reimbursement on their contributions. Anecdotes of the founding period say that legislators wanted to induce a social movement for self-provision for old age hoping that the new funds would also strengthen public awareness of pension issues, self-responsibility and long term calculations (EHPM 1998). This may explain why the legislators opted for special property rights structure of the funds. These funds are not owned by employers or financial corporations but the members themselves like mutual savings associations. This form is also wide spread in Germany, a traditional benchmark for designing social institutions in Hungary.

Despite the limited scope resulting from the high payroll taxes for the compulsory, unfunded public pillar in Hungary's pension system, the early performance of the voluntary private pension funds has been encouraging and in many respects better than expected.

4.2. Death

Survivor's pensions are of outstanding importance in the study of the individualisation of social rights in the Hungarian system of social security. There are three types of survivor's pension: a) widow's or widower's pension; b) Orphan's allowance; c) The parents' (grandparents') pension.

Survivor's pensions will only be paid when the deceased person giving entitlement was either actually in receipt of a retirement or invalidity pension at the time of his/her death or had accumulated a sufficient service record to claim one of these pensions.

A temporary widow's or widower's pension may be paid to the surviving spouse, divorced spouse or partner.

– The widow's or widower's pension is paid to surviving spouse (marriage of different sex) without any special condition. The only condition that they must live together, in fact, when the insured person has died.

– The benefit is paid to *common-law spouses (unmarried partners)* provided that they have a child and have co-habited for at least one year or have no children but have lived together for at least ten years. According to the *Section 685/A* of the Hungarian Civil Code: „Unless otherwise provided by legal regulation, common-law spouses shall be construed as two unmarried persons living together in an emotional and financial community in the same household.” Important to underline that the sex of the partners is indifferent.

– *Divorced and separated spouses* are also entitled provided that they received alimony from their ex-spouse, the amount of their benefit can never exceed the amount of alimony to which they were legally entitled. Temporary widow(er)'s pension is usually paid for one year. However, its duration is extended to 18 months if the survivor cares for a child of the deceased or up until the child's third birthday if that child is disabled.

The temporary widow(er)'s pension is 50% of the pension that was (or should have been) due to the deceased spouse. If the widow(er) is entitled to his/her own pension their permanent survivor's pension equals 30% of the deceased's pension. The temporary widow(er)'s (or widower's) pension may thus be combined with the pension of the widow(er).

Following the expiry of the temporary widow(er)'s pension the surviving spouse is entitled to a permanent pension if s/he has reached retirement age, is disabled or takes care of at least two orphaned children of the deceased. The pension that is paid to widow(er)s who do not receive an old age or invalidity pension in their own right is set at 50% of the pension that was actually (or should have been) paid to the deceased. If the widow(er) is entitled to his/her own pension their permanent survivor's pension equals 30% of the deceased's pension. The permanent widow(er)'s (or widower's) pension may thus be combined with the pension of the widow(er).

Orphan's allowance may be drawn until a child reaches 16 (or 25 for full time students) if the child becomes disabled whilst receiving the pension, it is paid indefinitely. The sum of the orphan's allowance is 30% of the pension of the person who obtained entitlement. If both parents have died, or the remaining parent is disabled this is increased to 60% of that pension. If both of the orphan's parents gave entitlement to a pension, then the higher of the two is used for calculating the benefit. The orphan's allowance never falls below a certain minimum, which is fixed annually.

The parents' (grandparents') pension is also part of the survivor's benefit system and is paid if the deceased person's parents or grandparents were either

disabled before his death or aged 65 years or over and primarily supported by the deceased for at least a year before his/her death.

If the deceased died as a result of an employment injury or occupational disease entitlement to benefits exists even if the insured person did not have a sufficient service record to obtain an old age or invalidity pension. The widow(er) of a victim of an employment injury or occupational disease receives a pension even if she is below retirement age and there are no dependant children.

As a summary it can be stated that the Hungarian old age pension system of dependents operates entirely on derived rights. In every case an insured person has to acquire entitlement, after whose death his/her surviving relatives will receive pension. As concerns the sum of the pension, a certain difference can be seen between widow(er)'s pension and parent's pension. Two possible cases have to be distinguished. One is when the person has direct entitlement to pension and also entitlement to widow(er)'s or parent's pension at the same time. The other case is when the claimant is entitled only to survivor's pension. The basic difference between the two is the following: in the first case survivor's pension is due to the person concerned in addition to his/her direct entitlement pension. Its extent is 30 %. In the second case only survivor's pension is due, the extent of which is 50 %.

As far as I know the idea of making survivor's pensions universal (individualisation of pension rights) was raised neither during the latest pension reform (1998) nor nowadays.

4.3. Incapacity for work

Sickness benefit. An insured person is deemed to be temporarily incapacitated for work due to illness, pregnancy or childbirth (if not in receipt of maternity benefit) or nursing a sick child (the nursing of sick children under the age of one year is restricted to mothers and single fathers). For those who are not nursing sick children the employer is obliged to pay 80% of the employee's normal earnings for a period of 15 days. After this period entitlement to sickness benefits (*táppénz*) under the social health insurance begins. The amount paid by the social insurance scheme depends on the claimant's service record and daily average earnings over the previous twelve months (up to the contribution ceiling). For those who have been insured for less than two years, 60% of the daily average wage is paid. For those with more than two years of service record, 70% of daily average earnings are paid. All those receiving in-patient treatment receive 60% of their previous average earnings regardless of their service record. Victims of employment injuries and occupational diseases are entitled to a periodic benefit equal to 100% of their average earnings for a period of at least one year (with the possibility of an extension to 2 years).

There are strict limits on the amount of time that can be taken off work in order to care for sick children and these depend upon the age of the child. These periods are increased for single mothers. For children less than one year old there is no limit, for children aged between 1 and 3 years a maximum of 84 days is provided, for those aged between 3 and 6 this is 42 days (84 for single parents) and those aged 6 to 12 this is 14 days (28 for single parents). The amounts paid during these periods (*táppénz*) are the same as those paid to insured persons missing work due to sickness.

Sickness benefit is invariably due to the person incapable of work. Derived right does not arise during the enforcement of claim.

Disability pension. A person is classified as permanently incapable of work if s/he has lost at least two-thirds of his/her working capacity, has no regular employment or is only capable of earning a significantly lower wage and no improvement is expected for at least one year. Entitlement to an invalidity pension then depends upon the incapacitated person satisfying the necessary service record (period of insurance). The required service record varies according to the age of the person concerned. Those who began work before 22 years of age must have completed at least two years of service before their incapacity, this amount gradually increases until those aged 55 years and over have to demonstrate 20 years of service.

The size of the invalidity pension depends on the following factors: the average earnings, the measure of disablement, service record (period of insurance) and age. The average earnings that are used for this purpose are usually the same as those applied for retirement pensions. The measure of disability relates to three categories:

- Class III: persons who are disabled but retain a limited measure of working capacity,
- Class II: persons who have lost all their working capacity but do not need to be taken care of by others.
- Class I: persons who have lost all their working capacity and need to be taken care of by others.

Those in Class II receive 5% more than those in Class III and those in Class I receive 10% more than those in Class III.

If a person suffers from a work-related injury or occupational disease (disablement by injury), there is no minimum service requirement, although the level of the pension still depends on the length of service. The categories of accident-related invalidity pensions coincide with those for invalidity pensions. As a rule, pensions payable in cases of accident-related disability are higher than those paid in case of disability.

Sickness benefit is invariably due to the person incapable of work. Derived right does not arise during the enforcement of claim.

4.4. Unemployment

As we mentioned earlier, the Act IV of 1991 (Unemployment Act) makes a distinction between active and passive means of employment policy.

4.4.1. The passive means of unemployment (unemployment benefits)

According to the Unemployment Act the local government and the County (Metropolitan) Labour Centres may conclude an agreement to supervise the persons living in the territory of the local government and entitled to unemployment benefit and to unemployment benefit for young people starting out on a career.

Unemployment benefit is due to the person who is involuntarily unemployed and has worked for at least 200 days over the four years preceding unemployment. The person must also be willing to work and co-operate with an employment agency. S/he must have no entitlements to invalidity or old age pension and cannot be in receipt of sickness benefits. Those who have left their job voluntarily or were subject to summary dismissal have to wait 90 days before they can claim unemployment benefits.

Unemployed persons fulfil their obligation to co-operate if they register with the employment agency and maintain regular relations with that agency. They must give serious consideration to the job opportunities offered by the agency; try to seek suitable employment and/or accept any possibilities for training that may be offered by the employment agency.

The amount of unemployment benefit is 65% of the person's previous average earnings. The minimum amount of unemployment benefit is equal to 90% to the minimum amount of old age pension.

The period of entitlement to unemployment benefit depends on the period of employment in the preceding four years. Long-term unemployment is one of the most serious problems of the unemployment system. The unemployment benefit can be paid up to 270 days, then the unemployed person is no longer entitled to further benefit under Act IV of 1991. Therefore, the social assistance system (Act III of 1993) provides the social assistance benefit for long-term unemployed persons. This allowance is paid to ensure the livelihood of unemployed persons who are no longer entitled to any unemployment benefit. This is a means-tested benefit.

Unemployment cash benefits are invariably due to the person incapable of work. Derived right does not arise during the enforcement of claim.

4.4.2. Active means of unemployment

1. Labour market services: The National Labour Service assists to find a job, to find appropriate employees and to keep the employee status. The forms of labour market service are as follows:

- a) provide information relating to labour force and employment
- b) counselling in employment, career development, job finding, rehabilitation, local (regional) employment issues
- c) employment exchange.

The above mentioned first two (under points a-b) labour market service providers are supported.

2. *Support for labour market programmes*

This is a financial support for labour market programmes which are intended to:

- a) assist regional employment development
- b) influence labour-market trends
- c) enhance the employment rate of persons with disadvantages in the labour market.

The measures of the promotion of employment programmes and the support for labour market programmes can be given simultaneously and can build on each other.⁶

4.5. *Health care*

4.5.1. *Hungarian Health Sector Reform*

The Hungarian health insurance system is based on the principle of a universal service, free at the point of delivery, and the right to health care is established in the constitution.

Although the need for reform was recognised before 1989, and steps had already been taken in reforming the system, the first real step in the reform process was the Local Government Act (1990) which shifted the responsibility for the ownership and management of health/social services to local and municipal governments. In 1993 the Health Insurance Fund was established with the goal of being self-supporting, based on compulsory payroll contributions from both employers and employees and a very limited

⁶ Act IV of 1991 Article 19/B.

investment portfolio. The HIF is designed to fund the running and ongoing costs of the health care system, but a peculiarity of the Hungarian reform is that capital items are funded through general taxation via Local government or the Ministry of Health, Social and Family Affairs.

Private providers have been encouraged and developed in the primary and some of the secondary sectors, however the provision of inpatient care is still state owned and controlled via local governments. These institutions have led a precarious life, with a shortage of funding to continue to maintain the infrastructure, and many of these institutions running into funding problems and incurring large debt burdens.⁷

4.5.2. Health Care Financing

The Hungarian health care system operates on the basis of dual financing. As it was mentioned before the major investments like construction/maintenance, or equipment purchasing are financed by the owner or co-financed from the Ministry of Health, Social and Family Affairs. All expenditures of the daily operations, including salaries of health care professionals, are financed by the Health Insurance Fund, however rates can be too low to cover the real costs of providing the services. The lack of adequate funding has led to the continuation of informal payments and use of public facilities for private practice businesses to enable health care staff to supplement their incomes.

The health care contributions payable by employers and employees are a large burden on salaries and act as a brake on employment, with numerous and widespread schemes to avoid the high level of taxation. This in turn reduces the tax base for health care provision.

The political will to tackle the health care reform agenda has returned with recognition that further reform is required. The current aims are to further liberalise the health care provision sector with private investment and involvement in the inpatient sector, and to increase the funding base for health care by encouraging additional funding mechanisms via supplementary insurance and contributions. If this reform is carried through Hungary will be the first country in the CEE region to realise that a central health care fund is not viable on its own to improve the health care system, but that an additional voluntary method of funding has to be encouraged as well.⁸

⁷ Health Care reform in Hungary

<http://www.medicover.com/DesktopDefault.aspx?TabOrgId=524>

⁸ Health Care reform in Hungary

<http://www.medicover.com/DesktopDefault.aspx?TabOrgId=524>

4.5.3. Health care benefits

According to the Hungarian health insurance law, two types of health care benefits can be distinguished. One is the benefits in kind [health services] (*egészségügyi szolgáltatások*), and the other is cash benefits (*pénzbeni szolgáltatások*), such as maternity-confinement benefit (*terhességi-gyermekágyi segély*) sickness benefit (*táppénz*) and child care fee [*gyermekgondozási díj (GYED)*]. In keeping with the structure of this paper the sickness benefits have already been explained in the section on "Incapacity for work" above and the maternity-confinement benefit and child care fee are excluded from this paper.

Health care services are provided by either physicians who are employed by the local governments or independent doctors who have their own contract with a county level body of the National Health Insurance Fund Administration.

The basic principle is that medical services can be used to the extent justified by the person's state of health. Health care is generally provided free of charge. This means that the prevention, diagnosis and treatment of diseases by family physicians, dentists and hospitals does not usually incur any co-payments by the patient. Rehabilitation (including occupational therapy), maternity care and ambulance transport are also provided free of charge.

Co-payments are required for certain services such as the provision of dental braces to adults. Hungarian health insurance does cover between 50 and 100% of the cost of medicines contained within an official list. The full cost of medicines will be covered for victims of employment injuries and occupational diseases as well as some low-income elderly or disabled persons. The patient will also incur charges if s/he makes unauthorised use of prescription only treatment, uses the services of a non-contracted health care provider or asks for extra services including a better room in a hospital.

The insured person specified in the Act on Social Insurance is entitled to all health care services. With respect to health care services, partly insured persons as well as persons obtaining services on the basis of a special agreement are considered as the insured (see personal scope). For this reason the derived rights discussed there are not going to be mentioned again.

5. Social insurance number and social insurance card

The social insurance number is a personal identification number which is given to each Hungarian citizen at birth and which - in normal cases - will accompany him/her during all his/her life. The social insurance number is issued by the National Health Insurance Fund. A foreign citizen can also get a social insurance number if he/she establishes an insurance legal relationship, or if he/she concludes an agreement for the purpose of obtaining entitlement to health care services, or if he/she is regarded as the close relative of the insured

person or of the person entitled to health care services. Derived rights can also be seen here. It is worth pointing out that although pursuant to the Act on Health Insurance the insured are eligible for health care services, in reality almost everybody with a social insurance number will receive services.

The social insurance number is contained by an official certificate of bank card size, commonly known as the social insurance card. When the social insurance number was introduced, the National Health Insurance Fund issued and sent the social insurance card automatically to everybody who was in the registers. Later one could apply for the card by filling in a form and sending it to the county or capital health insurance fund competent according to his/her residential address or, in the absence thereof, temporary address. For newborns the social insurance number can be applied for by filling in a form available in the newborn departments of hospitals. Health care services can be provided for newborns free of charge even without a social insurance card up to 6 months after birth.

The National Health Insurance Fund is notified of the death of the social insurance number owner by the registry offices of local governments. After the notification the social insurance number is made passive by the Health Insurance Fund, which means that no health care benefits or services can be claimed with the social insurance card in question after that date.

6. Financing

The social insurance systems are mainly managed mainly on a PAYG basis, except for the newly introduced mandatory second pillar statutory pension scheme, which is a fully funded system.

Health care is provided as a social insurance and thus financed from contributions by employers and employees. Employers pay a total of 11 % of each employee's gross salary and employees pay 4% of their gross salary. There is no contribution ceiling. The state guarantees any deficits that may be incurred by the health insurance fund.

Health services are financed according to several principles. The law lists the major sources of revenue but does not state which method is to be used to finance which services or over which periods. Health services can be financed according to the following: norms based on expenditure, tasks to be carried out, number of cases seen to, rate support grant, performance-linked support (or a combination of the above) and price support.

Institutions providing health services are obliged to handle the sums received from social insurance financing separately from their other finances. The financing agreement does not exempt the maintaining organisation of the institution (local governments or other owners) from statutory responsibilities of maintenance and development.

The largest part of pension expenditure is covered from contributions of the employers and employees. In 2004 the pension insurance contribution payable by employers to the Pension Insurance Fund was 18%. The pension insurance contribution payable to the Pension Insurance Fund by those employees who have chosen to remain in the first pillar is 8,5%. Those who belong to the multi-pillar pension scheme pay 0,5% to the Pension Insurance Fund (first pillar) and 8% to the private pension fund of their choice (second pillar). There is no contribution ceiling for employers, but employees pay no pension contributions on earnings above 5 307 000 HUF a year.

The contributions that are diverted from the Pension Insurance Fund to the private pension funds are replenished from the central budget of the state. Moreover, the state grants certain additional support to the Pension Insurance Fund to avoid its running into deficit.

The unemployment scheme (mainly its passive measures) is a typical social insurance type, PAYG system, but managed separately from the social health and pension insurance administrations and budget. The expenditure of passive unemployment measures is covered mostly by the contribution of employers (3% in 2004) and of employees (1% in 2004).

The family support benefits are covered by taxes and paid from the central budget, but practically operated by health insurance administration bodies.

The social assistance is financed from taxes and out of other state revenues. The public social assistance system, according to the law in force, is partly paid by the central budget and partly (majority) from the local governments' own budget. The central taxes are collected by the National Tax Office and local taxes are collected by certain departments of local government.

The National Tax Office and its local branches are responsible for collecting all social insurance contributions for health and pensions, and for forwarding them to the National Health Insurance Fund and to the National Pension Insurance Fund. The unemployment insurance contributions are also collected by the National Tax Office.

The benefits in the family support scheme are financed from the central budget, therefore its source is covered by taxes which are collected by the National Tax Office as well.

Conclusion

It is clear from looking at the scope of protected persons that the Hungarian social protection system contains numerous derived rights.

With respect to social security services, the principle of solidarity is manifested in a prominent manner in addition to the principle of insurance, on the basis of which certain dependent or family ties are considered positively by the lawmakers. Such is the category of the contributing family member, which

entails insurance obligations. The relative of the insured, of the partly insured or of the person concluding an agreement in order to receive benefits is entitled to health care services. Partly insured persons become eligible for certain benefits through the force of the law, against the principle of insurance.

The theory of individualisation, the foundation of individual rights is a daring thought as it would return to the basic structure of systems of provision. The scope of the protected persons could be defined along the principle of insurance, entitlement to services related to contribution payment in the insurance system, while along citizenship entitlements (residential rights) concentrating on individual citizens in the universal system. Those who are left out of the social insurance system, or those for whom the uniform universal benefit does not provide the sources sufficient for subsistence, can receive services with the consideration of their need within the system of assistance.

In my opinion the groups of partly insured persons and the provision of entitlement on universal or assistance basis should be reconsidered in the future in Hungary. However, in order to do so the financing of the system is to be examined and changed accordingly.

The transformation of insurance systems into universal structures is not necessarily a good example as one of the principal purposes of individualisation is to stimulate entry into the labour market. This can be achieved more efficiently by means of insurance than with benefits provided in a universal scheme.

Literature

Prof. Dr. CZÚCZ, OTTÓ: Szociális Jog I. (*Social law I*), Unió Kiadó, Budapest, 2001.

Prof. Dr. Czúcz, Ottó: Társadalombiztosítás a változó világban (*Social security in a changing world*), Közgazdasági és Jogi Kiadó, Budapest, 1989.

Egészségügyi, Szociális és Családügyi Minisztérium: Tájékoztató a Minisztérium szociális, és családjogi feladatainak végrehajtásáról (*Ministry of Health, Social and Family Affairs: Report on carrying out the social and family tasks of the Ministry*), Budapest, 2003.

ESZCSM Szociális Stratégiai Önálló Osztály: A szociális terület helyzetelemzéseinek munkanyaga (*Ministry of Health, Social and Family Affairs, Independent Department of Social Strategy: Evaluation of the situation in the social field*), 1994–2001. A nemzeti Fejlesztési Tervhez, Budapest, 2002.

- Europaen Commission: Strengthening the social dimension of the Lisbon strategy: Streamlining open coordination in the field of social protection, Communication from the Commission, COM (2003) 261 final
- European Commission: Directorate-General for Employment and Social Affairs: Social protection in Europe, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 2002.
- European Commission: Modernising and Improving Social Protection in the European Union, Communication from the Commission, COM (97)
- European Commission: European employment and social policy for people, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 2000.
- FERGE, ZSUZSA: Elszabaduló egyenlőtlenségek (*Inequalities breaking loose*), Hilscher Rezső Szociálpolitikai Egyesület, Budapest, 2000.
- KERSCHEN, NICOLE: Individualising rights and maintaining solidarity, in Bulletin Luxembourgeois des Questions Sociales 1997, Vol. 4.
- KERSCHEN, NICOLE: Vers une individualisation des droits sociaux. Approche européenne et modèles nationaux, in. Droit Social No2 février 2003.
- PONGRÁCZ, TIBORNÉ – S. MOLNÁR, EDIT – DOBOSSY, IMRE: Család és munka – értékek és aggodalmak a rendszerváltozás után (*Family and work – values and worries after the change of the regime*), Kutatási Jelentések 62, KSH Népeségtudományi Kutató Intézet (NKI), Budapest, 2000.
- VÉGH, ÁGNES – GULYÁS NÉ SZABÓ, ERIKA: Foglalkoztatáspolitikánk meghatározó folyamatai és ezek hatása a nők munkaerőpiaci pozíciójára (*Decisive processes of employment policy and their effect on the women's position in the labour market*), in. Miniszterelnöki Hivatal, Kormányzati Stratégiai Elemző Központ, Demográfia, foglalkoztatás, női munkavállalás, Grafika Press, Budapest, 2003.
- Az Európai Unió szociális dimenziója (*The social dimension of the European Union*), edited by: Gyulavári, Tamás, AduPrint Kiadó, Budapest, 2000.

<http://www.magyarorszag.hu/ugyintezo/ugyleirasok/munkavallalas/munkanelkuliseg/munkanelkuliellatasok/munkanelkuliellatasok.html>
<http://europa.eu.int/scadplus/printversion/en/cha/c10916.htm>
<http://europa.eu.int/scadplus/printversion/en/cha/c10112.htm>

HAJDÚ JÓZSEF

A SZOCIÁLIS BIZTONSÁGHOZ FÜZÖDŐ JOGOK INDIVIDUALIZÁCIÓJA MAGYARORSZÁGON

(Összefoglalás)

A szociális jogok individualizációja a szociális védelmi rendszerek jogosultsági struktúrájának átalakítására szolgáló elméletet és gyakorlatot jelenti. A probléma egyszerű: mindenkinek saját jogán és nem származékos jogon kell szociális ellátásban részesülnie. A végső a cél a szociális biztonsági rendszerekben kezdetektől fogva mélyen benne gyökerező származtatott jogok megszüntetése vagy legalábbis erőteljes korlátozása. A származtatott jogok alapján, azaz más személy – hozzátartozó – jogán, ellátásra szereznek jogosultságot azok is, akik a tradicionális felfogás értelmében nem jelennek meg személyesen a munkaerőpiacon, hanem otthon végeznek háztartási munkát, vagy nevelik, gondozzák a gyermekeiket, stb. Társadalombiztosítási szempontból őket hosszú ideig a társadalom inaktív tagjainak tekintették. Ez a felfogás és gyakorlat függő helyzetet eredményez az ellátásra jogosult (biztosított) személy direkt joga és az ő jogán jogosultságot szerzett személy – túlnyomó részben nők – származtatott jogosultsága között. Ez alapvető emberi jogi problémákat is felvet. Ezzel a felfogással kapcsolatos további probléma, hogy a származtatott jogok útján szerzett jogosultság nem ösztönzi az ún. inaktív személyeket a munkába állásra.

A tanulmány célja az individualizáció fokának vizsgálata a magyar szociális biztonsági rendszer ellátásai között. Ennek keretében vizsgáljuk a magyar szociális biztonsági rendszer alanyi hatályát és az egyes ellátásokat. Ezen belül is a saját jogú és hozzátartozói nyugellátásokra, munkanélküli ellátásokra és az egészségügyi szolgáltatásokra vonatkozó szabályozást. Ezen kívül még röviden foglalkozunk a társadalombiztosítási kártya (hivatalosan: társadalombiztosítási azonosító jel) és az ellátások finanszírozásának individualizációs vonatkozásaival.

HOMOKI-NAGY MÁRIA

Amiről egy végrendelet mesél

Az ember veleszületett természetes igénye, hogy az életében szerzett javairól valamilyen formában halála esetére is intézkedést tegyen, legalább részben meghatározza, ki mit kapjon a vagyonból, mit őrizzen meg, ki gondoskodjon az árván maradt gyerekekről. Ez a természetes igény a magánjog fejlődésében is lényeges szerepet játszott. A jog eszközeivel meg kellett határozni azt, hogy az ember a tulajdonában lévő javakról milyen módon rendelkezhet élők között és a halála esetére. Ez a magánjog rendszerén belül a rendelkezési szabadság biztosításával áll szoros összefüggésben, melynek erőteljes érvényesítését a természetjog hatására a polgári társadalom igyekezett megvalósítani.

A magyar magánjog fejlődésében viszonylag korán megjelent a halál esetére szóló rendelkezés igénye, amelynek legfontosabb bizonyítéka az Aranybulla¹ intézkedése, amely rögzítette, hogy ha a királyi serviens fiú utód nélkül halt meg, szabadon rendelkezhetett vagyonáról, a leányait megillető leánynegyed² kivételével. A magyar rendi magánjogban kialakult kötött tulajdonviszonyok ugyanakkor megakadályozták, illetve rendkívül szűk területre korlátozták annak a lehetőségét, hogy az örökhagyó végrendelezési szabadságát érvényesíthesse. Ha viszont végrendeletet készítettek, akkor ezekben fel kellett tüntetni nemcsak a végrendeleti örökösöket, hanem mindazokat, akik az örökhagyó után, mint törvényes örökösök maradtak, mert így lehetett az örökhagyónak meghatároznia, hogy mit kell a hagyatékából a törvényes örökösei számára biztosítani és mit hagy a végrendeletében megjelölt örököse számára. Ez azonban csak úgy volt lehetséges, ha az örökhagyó a hagyaték egészét feltüntette végrendeletében. Ez a megoldás azt eredményezte, hogy a fennmaradt végrendeletek, mintegy tükröt mutatnak annak a kornak a társadalmáról, gazdaságáról és jogi viszonyairól, amelyben keletkeztek. Ezért egy, a 19. század első feléből fennmaradt végrendelet alapján szeretném bemutatni azt, hogy mi mindent árulnak el az utókor számára a végrendeletben rögzített rendelkezések.

Az örökhagyó, nemes idősb Szecskó György, aki 1831-ben készítette el végrendeletét, amelyet a nagyobb bizonyítóerő végett Csongrád vármegye közgyű-

¹ ÉRSZEGI GÉZA: *Az Aranybulla*. Budapest, 1990.

² FÜGEDY ERIK: *Az Elefántnyak*. Budapest, 1992.

lésén jegyzőkönyvbe is iktattatott. Miután a végrendeletre éppen a közgyűlési iratok tanulmányozása során leltem, ez az az első pont, amelyet a végrendeletek érvényességével kapcsolatban elemezni kell. Az 1715: 27. tc. rendelkezett a végrendeletek alaki feltételeiről, melynek értelmében a végrendeletek két típusát különböztethetjük meg a köz- és a magánvégrendeletet. Amennyiben nemes ember magánvégrendeletet készített, és saját kezével írta végakarátát, akkor őt tanúzási képességgel rendelkező tanú aláírására és pecsétjére volt szükség, annak érvényességéhez. Ha az örökhagyó nem tudott írni, akkor egy hatodik tanú helyettesítette. Ha viszont közvégrendelet készült, akkor azt hiteleshelyen, vagy a 18/19. században hiteleshelyi tevékenységet folytatható más testület, azaz vármegyei közgyűlés³ előtt is lehetett készíttetni. Ez a mindennapi gyakorlatban úgy játszódott le, hogy az örökhagyó a lakhelye szerint illetékes szolgabíró és esküdte jelenlétében, a jegyző rögzítette az örökhagyó utolsó akarátát, melyet az eljáró hivatalos hatóság aláírásával és pecsétjével is megerősített.⁴ Majd az így elkészített okiratot az illetékes vármegye közgyűlése elé kellett terjeszteni, ahol azt jegyzőkönyvben rögzítették. Ezzel az eljárással valójában közvégrendelet készült. Az alaki feltételekkel szemben támasztott követelmények meglétére a végrendelet záradéka utal, ahol az örökhagyó rögzítetteti: „végső rendelkezésemnek minden pontjai általam felolvastatván, azokat részemről nemcsak hogy helyben hagytam, hanem, hogy az alól vett s általam megkért tanúk is saját nevük aláírásával s szokott pecsétjükkel megerősítsék, ezennel nyilván megkértem, – sőt írást nem tudván nemes Dózsa András Fő hadnagy urat, nevem aláírására ezennel fel is szólítottam.” Ebből a záradékból pontosan meghatározható minden alaki érvényességi feltétel. Az örökhagyó, nemes Szetskó György nem tudott írni, ezért az egyik tanú, nemes Dózsa András írta le helyette a nevét, amely mellé a végrendeletkező a saját keze keresztvonását rajzolta. Végakarátát szóban mondta el az általa felkért tanúk előtt, amelynek rögzítése után, a leírt szöveget az örökhagyó előtt felolvasták, amit ő jóváhagyott. Ennek megtörténte után írhatták alá a tanúk is a végrendeletet, mely aláírás ebben az esetben azt jelentette, hogy hallották, amit az örökhagyó mondott, hallották a leírt szöveg felolvasását, igazolni tudják, hogy a felolvasott szöveget hagyta jóvá a végrendeletkező és ezt követően a felkért tanú által leírt név mellé tette keze keresztvonását. Lényeges érvényességi szempont a rendi korszakban a tanúk személye. A végrendelet készítésénél csak tanúzási képességgel rendelkező tanú vehetett részt az eljárásban, ami azt jelentette, hogy nemes személynek csak nemes rendi jogállású és cselekvőképes személy lehetett a tanúja. Az adott eset érdekessége,

³ TORDAY LAJOS: A megyei polgári peres eljárás a 16–19. században. Budapest. 1933. 83–84. „A földrajzi fekvésben rejlő célszerűségi szempontok az idők folyamán kifejlesztették a megyének a közokirat kiállítására való jogát. [...] nemcsak az universitas, hanem az alispán és a szolgabírák is állítanak ki közokiratokat, melyeknek az autenticatioja a congregationnak történt kötelező jelentéstétel alkalmával valósul meg.”; CZÖVEK ISTVÁN: *Magyar hazai polgári magános törvényről írt tanítások*. Pest, 1822. 2,328.

⁴ FRANK IGNÁC: *A közigazgatás törvénye Magyarhonban*. Buda, 1845. 433.

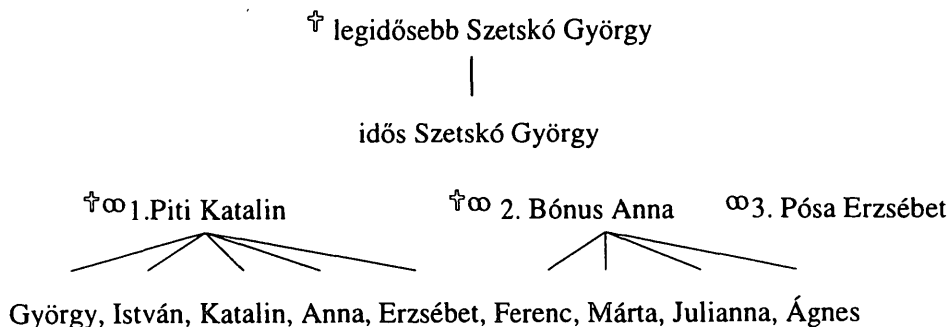
hogy az alakilag megfelelő végrendeletet mégis a vármegye közgyűlése elé is terjesztették, hogy a végrendelet ezzel a közhitelű végrendelet sajátosságát is viselje, s ezzel a vármegye levéltárába helyezték el megőrzésre.⁵

A formai feltételek meglelte után vizsgáljuk meg, hogy *tartalmi* szempontból mi tudható meg ebből a végrendeletből. Az örökhagyó személyéről annyit árul el a végrendelet, hogy az *armális nemesek* közé tartozott, hiszen a feltüntetett hagyatékban az ingatlan vagyon között házat és egy sessio urbáriális földet említ az örökhagyó. Ez azt jelentette, hogy saját földtulajdonnal nem rendelkezett az örökhagyó, a földesúr tulajdonában lévő birtokból kimért egy egész urbáriális telken gazdálkodott. Ezáltal ő a *kuriális nemesek* sorába tartozott, mely a mindennapi életben azt jelentette, hogy csak a nemeseknek járó előjogok illették meg, de gazdaságilag a jobbágyok sorsát osztotta. Ezenkívül annyit még elárult magáról az örökhagyó, hogy 1797-ben megvalósult insurrectio, nemesi felkelés alkalmával bevonult katonának, melyet úgy említ: „az 1797. esztendei insurrectio ideje alatt, amikor édes hazám védelmére mint nemes személy felállottam.”

Ezt követően a végrendeletben pontosan feltüntette, hogy kik, milyen jogcímen örökölhettek az ő halála után, azaz kik lesznek az örökösei. Az örökhagyó élete folyamán három házasságot kötött, az első két házasságából gyermekek is születtek, a harmadikból már nem, viszont a harmadik felesége 1831-ben még életben volt, ami azt jelentette, hogy a szokásjogi szabályoknak megfelelően az örökhagyó köteles volt biztosítani számára az özvegyi jogot.

A következő rajzon követhető, hogy az örökhagyónak kik az örökösei.

⁵ FOGARASI JÁNOS: *Magyarhoni magános törvénytudomány elemei*. Pest, 1839. 155. A közvégrendelet sajátosságát megerősítve összehasonlítóként idézek egy telkes jobbágy által készített végrendeletet. A 18. században érvényesülő magánjogi szabályok szerint jobbágyok csak közvégrendeletet készíthettek, melynek az volt a lényege, hogy a hiteles bizonyság előtt kellett végső akaratukat elmondani. A hiteles bizonyság a bíróból vagy az esküdtekből és a nótáriusból álló testület, akik által elkészített végrendeletet a földesúr hivatalában vagy a mezővárosban a bevallások könyvében kellett rögzíteni. „Mely testamentomi rendelkezésem nevem után tett kezem keresztvonással megerősítettem Makón 19. november 1807. Öregebb Jenei Péter. Meghívott Bizonyságok: Varga János esküt, Jó István esküt, Bánffi Péter nótárius.” Csongrád Megyei Levéltár Makói Fiókleveletára (CsMLM) III. Végrendeletek. Csongrád Megyei Levéltár Szentesi Fiókleveletára (CsMLSz) V.A.102. b/1.175/1773. „Törvények rendelkezése az, hogy midőn valaki a lakosok közül testamentumot tenni kíván jelen legyen ottan egy vagy két tanácsbeli személy pro testimonio.” CsMLSz V.102.o.1. 1810. február. „azon régi statútuma ezen csongrádi uradalomnak, mely szerint a lakosait minden testamentumbeli rendelkezéseiket nem másképpen, hanem két tanácsbeli embereknek jelenléteben tétetni és feljegyeztetni utasítja az Uradalom minden helységében és városában újonnan ki publikáltatik.”



Az örökhagyónak két házasságából kilenc gyermeke született. A három fia közül Ferenc 1831-ben még csak tíz esztendő, azaz kiskorú. Ez azt jelenti, hogy az apának, az esetleg bekövetkező halála esetére, jogában áll gyámot rendelnie.

A leányok közül Katalint, Annát, Erzsébetet és Juliannát az apjuk kiházásította, ami azt jelentette, hogy ők a végrendelet készítésekor már férjhez mentek. Ezzel kikerültek az apai hatalom alól és új családjukban férjük hatalma alá kerültek. Az öröklés szempontjából ennek a ténynek nagyon fontos szerepe van. A leányok közül kettő még hajadon volt, azaz az apai házban éltek mostoha anyjukkal és testvéröccsükkel együtt.

A lehetséges örökösök felsorolása után következik a végrendelet szinte legfontosabb tartalmi eleme, a *hagyaték* pontos megjelölése. A magyar rendi magánjog keretei között, a kötött tulajdonviszonyok miatt szigorú szokásjogi elvek uralkodtak. Miután kuriális nemesről van szó, adománybirtok nem volt a hagyatékban. Lehetett viszont *ősi birtok*, amelyet az örökhagyó apjától vagy nemzetségének valamely más tagjától örökölt. Az apai ősi jószágot csak a fiú gyermekek örökölhették, arról nem lehetett végrendelkezni. Ezért lényeges része a végrendeletnek, hogy az örökhagyó tesz-e említést ősi vagyonról? Ebben az esetben csak azt rögzíthette volna, hogy azt törvényes fiai egyenlő arányban örököljék.⁶ Szetskó György az esetleges ősi jószág kapcsán azt kívánta rögzíttetni, hogy „távol létemben néhai édes atyám nemes öreg Szetskó György meghalálózván, készpénzre tevődött javaiból, testvéreimmel történt osztály következtében tíz forintoknál többet nem kaptam légyen.” Mindez azt jelentette, hogy az örökhagyó testvéreivel apjuk halála után osztályt tettek, azaz az apai vagyonban egyenlő arányban megosztottak. Ezzel a ténnyel egyidejűleg az apai vagyon ősivé vált, arról már nem lehetett végrendelkezni. Az örökhagyó elbeszéléséből az is kiderült, hogy a testvéri osztályra akkor került sor, amikor ő még katona volt. Testvérei minden valószínűség szerint értékesítették az örökhagyó apai osztályrészét és így kaphattott abból tíz forintot. Arról nem tesz említést.

⁶ WERBŐCZY ISTVÁN: *Hármaskönyv*. 1899. (HK) I.58.; FRANK 438.

tést az örökhagyó, hogy ezt az örökrészt kevesellte volna, arra viszont elegendő ez a megállapítás, hogy a tíz forintból nincs mit felosztani, azaz a hagyatékban ősi jószág nem található. Nemesek körében ismert női különjog volt az ún. leánynegyed, ami az apai ősi vagyon egy negyedrészt jelentette. A kuriális nemes az apjáról maradt tíz forint ősi vagyonból a leánynegyedről sem rendelkezett. Az ősi vagyon és a testvéri osztály megemlézése ugyanakkor bizonyítékként szolgálhatott arra az esetre, ha az osztályos atyafiak között bárkinek a vér- és jogközösséget, azaz az egy nemzetséghez való tartozást kellett volna bizonyítania.

Ez a rövid megjegyzés, ami az ősi vagyon létét érintette elegendő volt arra is, hogy az örökhagyó kijelenthesse, hogy teljes vagyonát saját munkája által szerzett jószágok alkotják: „ezen csekély summán fellyül mindennemű javaimat, saját szorgalmam által szerezhvén, azok tulajdon keresményeim légyenek.” A szerzett vagyonról pedig szabadon lehetett rendelkezni.⁷

Mielőtt a végső intézkedés megtörtént volna még egy kérdést kellett tisztázni. A magyar magánjog rendszerében általános szabály volt, hogy a feleség *hozományt* adott férje rendelkezésére, mely jószág a házasság anyagi terheinek megkönnyítését célozta. A hozomány a házasság fennállta alatt is a feleség tulajdonát képezte, de ezen idő alatt a férj rendelkezhetett azzal. A házasság megszűnését követően azonban a hozomány visszajárt a feleségnek, illetve az ő halála esetében gyermekeinek. Szetskó Györgynek három felesége is volt, s az első két feleségétől gyermekei is születtek, ami azt jelentette, hogy ha volt hozományi jószág, amely ezideig az örökhagyó kezelésében állt, akkor a végrendeletében intézkednie kellett ezeknek a jószágoknak a sorsáról. Az örökhagyó azonban ezt is egyszerűen elrendezte, mert kijelentette: „hogy nevezett feleségeimnek semmiféle hozománya jószágaimba vetve nem lévén: e részben senkinek követelése örökseim ellen nem lehet.” Ez azt jelentett, hogy sem a Piti Katalintól született Katalin, Anna és Erzsébet, sem a Bónus Annától született Márta, Julianna és Ágnes nem tarthatott igényt anyai hozományra. Ha apjuk halálát követően apjuknak ezt az intézkedését nem fogadták volna el, akkor az anyai hozomány kiadásáért a fiú örökösökkel szemben indíthattak volna pert. Meg kell azonban jegyezni, hogy ez nem sok sikerrel kecsegtette a leányokat, mert az apai végső rendelkezés következő pontjában azt is hírül adta az örökhagyó, hogy Katalint, Annát, Erzsébetet és Juliannát „sorsokhoz képest tisztességesen kiházasítottam.” A *kiházasítás* a rendi magyar magánjogban azt jelentette, hogy férjhezmenetelük alkalmából a leányok jegyajándékot és hozományt kaptak. A kiházasítás mértéke mindig az apa rendi állásához és anyagi helyzetéhez igazodott. Általános gyakorlat volt az országban, hogy ha az apa azt állí-

⁷ HK.I.51.; FRANK 438.; CsMLM Végrendeletek III. 1807. november 19. Öregebb Jenei Péter meglévő vagyonának eredetéről ezt mondta: „vagyon hitess társam Fekete Katalin, akivel 50 esztendő óta házassági életben vagyok, akivel együtt szerzettem a gazdaságomat, mert az atyámról énnékem egy garast érő sem maradt, hanem nőtelen koromban béreskedésemmel szerzettem magamnak jószágot, amelyet azután feleségemmel együtt szaporítottattam.”

totta, hogy leányait sorsukhoz képest tisztességesen kiházasította, akkor a leányok az apai vagyomból már semmire sem tarthattak igényt.⁸ A kiházasítás valójában a leányok örökrészét jelentette. A kérdés ezt követően az, hogy a hajadon leányokkal mi történt? A hajadon leányok illetve a kiskorú gyermekek az apai házban maradtak az özvegyen maradt feleséggel együtt, aki köteles volt a gyermekekről gondoskodni, őket nevelni. A rájuk eső örökrészt azonban a gyámnak kellett kezelnie. Ezért Szetskó György hajadon, árva leányai az özvegy feleséggel, mint mostohaanyjukkal együtt, az apai házban maradtak, s az apa férjhezmenetelük esetére biztosította a kiházasításukat. Erről tette az örökhagyó azt a rendelkezést, hogy Márta leányának a kiházasítására hagy hatvan forintot, mert „a szükséges ruházatok részére általam már meg szerezettek.” Ugyanakkor Ágnes részére 140 forintot hagy, „mivel ez a szükséges ruházatok híjjával van.” Ezzel a rendelkezéssel az örökhagyó a *hajadoni jogot* biztosította a kiskorú leányoknak.

Ezt követően az életben lévő feleséget megillető vagyonról, illetve jogokról kell említést tenni. Az *özvegyi jog* alatt azt értették, hogy az özvegyiségben maradt feleség, amíg elhunyt férje nevét viselte, benne maradhatott férje házában, illetve ha az örökhagyó rendelkezett annyi anyagi jószággal, akkor felesége számára biztosíthatott haláláig lakást, illetve az örökösöket megterhelhette azzal a kötelezettséggel, hogy az özvegyet élete végéig elegendő élelemmel lássák el.⁹ Ez az adott esetben különösen fontos volt, mert az örökhagyónak három kiskorú árvája maradt, akikről halála esetére is gondoskodnia kellett. Köteles volt biztosítani, hogy megfelelő lakásuk legyen, ahol az özvegyen maradt mostoha mama neveli, táplálja őket. Az özvegyi és a hajadoni jog érvényesítése kapcsán válik egyértelművé, hogy az örökhagyó tulajdonában volt egy ház, amelyben betegen feküdt, és amelyben a végrendeletét készítette, és rendelkezett egy másik házhellyel, ahova özvegy és árva gyermekei számára új házat akart építtetni. Ennek a háznak a felépítési kötelezettségét róta két felnőtt fiára, mondván, „a harmadik tizedben nemes Molnár József szomszédságában lévő házamat

⁸ HK.I.99. FRANK 519.; CZÖVEK 2,207-210.; CsMLM Végrendeletek III. 1807. november 19. „A fent nevezett öt leányaimat is tehetségemhez képest tisztességesen kiházasítottam, amely által őket kielégítettem, azon felül még is hagyok nekik külön-külön 10. forintot, öszvességgel 50 forintot.” CsMLM V.A.101. b/1. 1805. szeptember 23. „Néhai Borbás Istvánnak férfi ágon lévő két gyermeki István és József jelentették, hogy van nekik leányi ágon lévő öt testvérjeik, Anna, Judit, Elona, Erzsébet és Katalin, akiket az atyuk még életében kiházasított, ezeknek már semmi keresetnye nincs.”

Pest Megyei Levéltár Cegléd. (PMLC) Végrendeletek 1-J. 6. Major Erzsébet végrendelete 1813. „a leányok ki lévén házasítva semmit a jószágból ne kérjenek.”

⁹ HK.I.98.; FRANK 528.; FOGARASI 120.; CZÖVEK 2,213.; CsMLSz V.102.o.1. 1826. március 16. „özv. Gábor Jánosné és fia Gábor János a következő egyezséget tette, hogy öt fia mindaddig míg Gábor János nevét viseli sorsához képest tartsa és az atyai házban csendes lakást engedjen és megbecsülje.” Pest Megyei Levéltár Nagykörs. 202. V.9. Végrendeletek. Kádár Ferenc végrendelete 1793. „vagyon zsák alá való szántóföldem, azt míg él feleségem s véle lakó leányaim bírák. Feleségem halála vagy nevem megváltoztatása után, szálljon Kádár István fiamra, mint atyai ősi örökség.”

egészen újonnan felépíteni, mégpedig a köz javak jövedelmeiből közönséges épületeket e folyó esztendei őszre felállítani” kötelesek. Az örökhagyó pontosan meghatározta a házhelyet, ahol a házat meg kellett építeni. A kor szokása szerint részben a tizedekre osztott város adott részét jelölte meg, részben pedig a szomszédos telkek tulajdonosait. Talán nem lényegtelen, hogy Szetskó György egy másik kuriális nemes telke mellett vett egy telket magának. Talán egymás közelében élve könnyebben tudták jogaikat érvényesíteni. Ugyanakkor az örökhagyó azt is pontosan meghatározta, hogy milyen legyen a ház, hiszen a szükséges anyagot az építkezéshez már ő megvásárolta. Ameddig pedig a házat a fiútestvérek nem építik meg, addig az özvegyasszony a gyermekekkel a régi házban maradhatott. Ezzel az örökhagyó a ház minél gyorsabb felépítésére kényszerítette fiait, hiszen akkor a házból az özvegynek kötelessége lett kiköltözni a gyermekekkel együtt. Az özvegyi jog fogalmi körébe ugyanis az is beletartozott, hogy az özvegy részére élete végéig megfelelő lakást kellett számára biztosítani.¹⁰

Az özvegyi jognak, a hajadoni jognak és a tíz esztendő Ferenc felnevelésének a kötelezettségét a két idősebb fiúnak Györgynek és Istvánnak kellett viselnie. Ezenkívül az apa pontosan rögzítette, hogy milyen ételmezt kell biztosítani a megélhetésükhöz: megfelelő mennyiségű búzát, árpát, sertést és vaját. Ez az ellátás a feleséget csak addig illette meg, amíg férje nevét viselte. Ha újból férjhez ment, ezt elvesztette, hiszen akkor már az új férjnek kellett az asszony tartásáról gondoskodni.

A nemes asszonyoknak a házasság érvényes megkötésével még *hitbér*¹¹ igényük is keletkezett, melyet csak a férj halála után lehetett követelni. Szetskó György, mint kurialista biztosította felesége számára a hitbért és rögzítette, hogy „György és István fiaim helyben hagyásával ajánlott 300 forintból álló móríngját örökseim a közös vagyonból halálom után fizessék ki.” A *móríng* elnevezés valójában a szerződéses hitbért jelentette.¹² A házasság megkötésekor a férj a hitbér összegét beíratta a házassági anyakönyvbe. A jelen esetben az örökhagyónak az a megjegyzése érdemel figyelmet, amikor azt mondja, hogy „a fiaim helyben hagyásával ajánlott.” Pósa Erzsébet már a harmadik felesége az örökhagyónak. Miután a végrendelet készítésekor is három kiskorú gyermeke volt, feltételezhető, hogy a házasság megkötésekor még több kiskorú gyermek felnevelését kellett vállalnia az asszonynak, miközben még a két felnőtt fiú is ott élt velük. E tényre tekintettel az apa, felnőtt fiaival egyetértésben ígérte a móríngot, hiszen ennek az értéke az örökösök, jelen esetben György és István örökségét csökkentette. A hitbér összegét azonban csak akkor kellett kifizetni,

¹⁰ PMLC Végrendeletek 1-J-4. Nyujtó Mihály végrendelete 1769. „Házam maradjon a két leányomnak minden házi és kerti apertinentiákkal együtt, de úgy, hogy mostani feleségem, amíg nevem viseli vélek együtt minden háborgatás nélkül lakjon, vetésim pedig maradjon ételmekekre.”

¹¹ HK.I.93.; FRANK 534.; SZLEMENICS 2,455.; FOGARASI 124.

¹² FRANK 534.; CZÖVEK 2,223.; A szerződéses hitbér valószínűségét mutatja az is, hogy az ígért 300 forint, mert köznemesek feleségei csak 200 forint törvényes hitbérré tarthattak igényt.

ha a feleség arra érdemes volt. Miután az örökhagyó végrendeletében többször, mint szeretett feleségére hivatkozik, feltételezhető, hogy ez így is volt, de a biztonság kedvéért, emlékeztette fiait, hogy a hitbér összegét annak idején ők is jóváhagyták.¹³

Miután az örökhagyó tisztázta törvényes örökösének a helyzetét, rögzítenie kellett a hagyatékot képező jószágokat. A nemesi szokásjog *cogens* szabályai közé tartozott, hogy az *apai ház* a legkisebb fiúé maradt, akinek kötelessége volt, hogy szüleit életük végéig eltartsa, táplálja, s haláluk esetén tisztességesen eltemettesse.¹⁴ Az örökhagyó rendelkezéséből világosan kitetszik, hogy a városban két házzal rendelkezett. Az egyikben lakott a családjával, ahol a végrendeletet is készítette, a másik pedig a már említett nemes Molnár József szomszédságában helyezkedett el. Az elsőt osztatlan állapotban két idősebb fiának Györgynek és Istvánnak rendelte, a másodikat a legkisebb, még tíz esztendő fiának a tulajdonába bocsátotta. E második ház állapotáról semmit sem tudunk, de az örökhagyó a két idősebb fiára azt a kötelezettséget hárította, hogy a már odavitetett építő anyagokból teljesen új házat építsenek fel. Azt is rögzítette az örökhagyó, hogy a felépítendő ház milyen legyen. Ezt a házat rendelte a legkisebb fiának, amelyben özvegy felesége is lakhatott haláláig, illetve amíg elhunyt férje nevét viselte. Ebben a házban maradtak a hajadon leányok is férjhezmenetelükig. Így biztosította számukra részben az özvegyi, részben a hajadoni jogot,¹⁵ amelyet az idősebb fiúk nem módosíthattak, a legkisebbnek pedig a felnőtt kort elérvén, ha az özvegy asszony még élt, a szokásjog és az örökhagyó akarata következtében kellett biztosítania. Ezzel természetesen a legkisebb fiút illető házat haszonélvezeti joggal terhelték meg.

Az örökhagyó *kuriális* nemes lévén a földesúr tulajdonában lévő egy *sessio urbáriális telken* gazdálkodott, amely Csongrád megyében kb. 50 holdat, (1 holdat 1300 négyszögölben) jelentett. A telek elhelyezkedéséről az örökhagyó csak annyit mondott, hogy Királyságon fekszik, de érdekes módon a szomszédokat ebben az esetben, ugyanúgy, mint a lakott ház esetében sem jelölte meg. Ebből csak az állapítható meg, hogy biztos volt abban, hogy akiknek tudniuk kell, azok tudják, hol helyezkednek el az érintett fekvő jószágok. Az *urbáriális* telek elhelyezkedését a földesúr számadáskönyve egész biztosan tartalmazta. Ennek az *urbáriális* földnek a felét két idősebb fiának osztatlanul, a másik felét a kiskorú gyermekek és az özvegyasszony tartása fejében rendelte úgy, hogy amíg Ferenc a teljes korúságot el nem éri, addig idősebb bátyjai kötelesek voltak a földnek ezt a részét is megművelni, sőt „az azzal egybe köttetett *urbarialis*

¹³ CsMLSz.V.102.o.1. 1788. május 31. A jobbágyok körében szerződéses hitbért találunk. „1787. Kisasszony havának 16. napján az Úr Istennek segítségével elvettem hitvestársul Árvai Katalint, akinek hozzám vételre móríngképpen ígervén néki két ökröt, egy tehenet, egy lovat.” PMLC Végrendeletek 1- J4 Sebestyén István végrendelete 1836. „Mostani harmadik feleségemnek Mészáros Annának móríngoltam 50 forintot.”

¹⁴ HK.I.40.; FRANK 484.; CZÖVEK 2,374.

¹⁵ HK.I.67.; FRANK 260.

terheket is viselni.” Ferenc a teljes kort betöltvén léphetett a két fertály urbáriális telek birtokába. Erre az esetre az örökhagyó még azt az intézkedést tette: „ha Ferenc fiam felnevelkedvén György és István testvéreivel az egy sessio urbarialis föld iránt egyezsége nem léphetne, köteleztetni fognak nevezzett fiaim, 400 forintokat fizetni, semmiféle keresetre ellenük többé nem lehetvén.” Mindez azt bizonyítja, hogy az örökhagyó megosztotta az urbáriális föld használatát fiai között. Azonban ha nem tudtak volna békésen egymás mellett gazdálkodni, akkor a két idősebb fiút előnyben részesítve, kötelezte ugyan őket a fél urbáriális telek árának kifizetésére a kisebb fiú számára, de az egész telek ezzel, a két idősebb testvéré lett. Ugyanakkor ezzel a rendelkezéssel az is egyértelművé vált, hogy az armális nemes, aki csak nemesi címmel rendelkezett, de fekvő jószágá nem volt és ezért az adott vidék földesurától, jelen esetben a Károlyi családtól kapott urbáriális telket, nemessége ellenére az urbáriális terheket köteles volt teljesíteni. Ugyanakkor ezzel az intézkedéssel azt is szeretne volna elkerülni az örökhagyó, hogy a telek használata miatt a testvérek között kialakult vita miatt per keletkezzen. Hiszen ha a két idősebb megművelte a földet Ferenc kiskorúsága idején és a 400 forint megfizetésével magához váltotta a fél telket, akkor Ferencnek velük szemben semmilyen más, további követelése nem lehetett.

A végrendeletből az is kiderül, hogy az örökhagyó az urbáriális telekre épületet emelt, amelyet 1831-ben már *tanyának* nevezett. A késő rendi korban mind a magyar gazdaság, a társadalom és a jogfejlődés szempontjából több kérdést vet, illetve vetett fel a korábban szállási épületeknek, a 19. század első felében már tanyának, tanyai épületeknek nevezett építmények megjelenése. A tanyák történeti kialakulása rendkívül egyszerűen megmagyarázható. Az urbáriális telkek messze feküdtek a belső telektől. Gyakran egy nap alatt nem lehetett az utat oda-vissza megjárni. Kezdetben ezért a szállásföldre olyan kisebb istállókat építettek, ahol az időjárás viszontagságai ellen legalább az állatokat védeni tudták. Később ezeket az épületeket úgy alakították át, hogy már az emberek is eltölthessenek ott egy-két napot. Ez a gyakorlat azt is lehetővé tette, hogy belső telekkel nem rendelkező jobbágyság a szállásföldeken élhettek, az apák pedig könnyebben meg tudták osztani fiaik között a belső és külső telek mennyiségét. Gazdaságilag ez a gyakorlat a jobbágyság számára tökéletesnek tűnt. Jogilag több problémát vetett fel. Az urbáriális telek a földesúr tulajdonát képezte. A jobbágy, a kuriális nemes azt csak használatba kapta, amely után az urbéri szolgáltatásokat teljesítette. A telekre épített tanyai épületek, mint amit a jobbágy saját munkájával épített, mint építmény nem osztotta a föld jogi sorsát,¹⁶ hanem arról az építtető, esetünkben Szetskó György szabadon rendelkezhetett. Ezért

¹⁶ PMLC Végrendeletek I-J-4. Erdős Erzsébet végrendelete 1821. „a tanyai épület Sándor fiámé legyen, egyszersmind esedezvén az Érdemes Tanács előtt, hogy a Méltóságos Földesuraságnál legyen szószóló Sándor fiam mellett; megkérvén a Méltóságos Uraságot, hogy sokszor említett Sándor fiamnak vélünk való huzamos lakását, úgy az ő két neveletlen gyermekeit tekintvén, ne rekessze ki a föld birtokából.”

mondhatta azt, hogy „az egy sessio urbarialis földön lévő tanyai épületekben örökösöknek rendelem és nevezem György, István és Ferenc fiaimat.”

A fekvő jószágok megnevezése után következett az *ingóságok* meghatározása. A paraszti életben, még ha kuriális nemesről esik is szó, legfontosabb ingó dolognak az állatok számítottak. Ezért azokat a végrendeletekben mindig szám szerint meghatározták. Így tett Szetskó György is, amikor végrendeletében rögzíteni rendelte, hogy birtokában van „18 darab ökör, 10 darab kisebb s nagyobb marhák, 4 kocsis és 6 darab méneses lovak, 250 darab juhok, 25 darab sertések.” Ebből a felsorolásból viszont az megállapítható, hogy ugyan csak egy egész sessio telekkel rendelkezett az örökhagyó, annak megműveléséhez bőven elegendő volt a 18 darab ökör. Minden valószínűség szerint még bérbe is adhattott belőlük. A 250 darab juh pedig a család vagyonának gyarapítására is elegendőnek tűnt.

Ezt követően már csak néhány, a gazdasághoz szükséges eszközt sorolt fel az ingóságok közül, azokat, amelyeket fontosnak tartott: három vasas szekér, három vasas kocsi, négy ekeszerszám, hat csatlós és egy vontató lánc. Minden egyéb ingóságról csak általános értelemben tett említést, amikor annyit jegyzett meg: „mindenféle tanyai és egyéb házi eszközök.” A jobbágyokhoz hasonlóan¹⁷ nem tartotta szükségesnek felsorolni, hogy milyen bútorok vagy egyéb eszközök találhatók akár a városi házakban, akár a tanyán. Amilyen fontosnak tartotta a legkisebb fia számára felépítendő épület részeinek meghatározását, amikor még arra is kitért, hogy „három lóra való istállót” építsenek, a háztartáshoz tartozó eszközöket lényegtelennek tartotta. Ez általában jellemezte a jobbágy-ság végrendeleteit. Csak a mesterek végrendeleteiben utaltak más eszközökre, mint a mesterség folytatásához szükséges eszközökre vagy a honoráciorok végrendeletében található utalás a bútorok fajaira vagy esetleg más házi eszközökre. Ebből is látszik, hogy az armális nemes és a jobbágy között a mindennapi életben alig volt különbség.

Az örökhagyó az ingóságokat a fiai között osztotta fel mégpedig oly módon, hogy az említett ökrök és juhok felét eladni rendelte. Ehhez az összeghez a két idősebb fiúnak hozzá kellett tennie a tanyai épületek egyharmad részének az értékét, és ez az összeg képezte a legkisebb fiú örökrészét. Ezenkívül „a legjobb két lovat” is Ferencnek hagyta. A sertéseket esztendő végéig a két idősebb fiúnak együtt kellett tartani, akkor az egyharmad részét kötelesek voltak értékesíteni és ez az összeg is, ahogyan a megnevezett tíz darab kisebb-nagyobb marhák egyharmad részének értékesítéséből befolyt összeget is Ferenc osztályrészéhez kellett hozzátenni. Első pillanatban úgy tűnik, hogy a legkisebb fiát nagyon szerethette az apa, s neki minden jószágból fele részt hagyott, míg a két idősebb testvérnek a másik fele részen kellett osztozkodnia, azaz csak egynegyed, egy-

¹⁷ CsMLM Végrendeletek III. 1807. november 19. „Ferenc fijamat kielégíttem készpénzzel 100 forintokkal, 2 fertály földdel, ökör, tinó, tehén féle, szarvasmarhával, 2 kocsis lóval, kocsi-val, szántó talyigával, ekével.”

negyed örökrészt kaptak. Miután az örökhagyó állítása szerint minden megmaradt jószágot saját szorgalma által szerzett, joga volt az örökhagyónak e javakról saját tetszése szerint rendelkezni. Miután arról nem tett említést a végrendeletben az örökhagyó, hogy idősebb fiai tőle már elváltak volna, azaz az őket megillető részt vagy annak egy részét megkapták volna apjuktól, ezért biztosan állítható, hogy az örökhagyó két idősebb fiával osztatlan állapotban művelte az urbáriális telket és teljesítették az azután járó terheket. Sőt a rendelkezésből az is kiolvasható, hogy az apa a végrendeletében György és István fiának hagyott javakat nem osztotta meg kettejük között, hanem továbbra is osztatlan állapotban hagyta. Fiai döntésére bízta, hogy meg akarnak-e osztozni a vagynon vagy apjuk halála után testvéri osztatlanságban akarnak-e élni? Ezt a végrendeletben úgy fogalmazza meg az örökhagyó, hogy „minden néven nevezendő fekvő és ingó javaimat, hogy ha közösen nem használják s együtt osztatlanul megmaradni nem akarnak, egyenlően hagyom és testálom György és István fiamnak.”

Miután kiskorú gyermekeket hagyott maga után az örökhagyó, jogában állt apai hatalmánál fogva gyámot rendelni. Bár az örökhagyó említést tett a kinevezendő gyámról, de pontosan mégsem határozta meg a gyám személyét. A nemesi rend körében élő szokás értelmében az édesanyát is csak annyiban rendelték gyámnak, amennyiben a kiskorú gyermek nevelése reá hárult. Ha a gyermeknek vagyona is volt, akkor a gyám feladatait egy nemes férfinak kellett ellátnia.¹⁸ A gyám személyét megnevezhette az apa a végrendeletben, ha ezzel a jogával nem élt, akkor a kiskorú után esetleg örökös vérrokonok lettek a gyámok. Ha ilyen vérrokon nem volt a családban, akkor köznemesek esetében a lakóhelyük szerint illetékes vármegyei közgyűlés rendelt ki gyámot. Jobbágyságok esetében ez a jog a jobbágyság földesurát illette meg. Szetskó György nem nevezte meg Ferenc fia számára gyámként idősebb fiait, hanem azt rögzítette, hogy a tekintetes nemes vármegye rendeljen ki gyámot kiskorú gyermekei számára. Miután Szetskó György nemes volt, a szokásjogban érvényesülő szabályt rögzítette végrendeletében, amikor a vármegyére hárította a gyámrendelést. Ezzel ugyanakkor egyértelművé vált, hogy a vármegye közgyűlése miért rögzítette jegyzőkönyvében ezt a végrendeletet, mert annak végrehajtásakor ennek a testületnek lett a kötelessége a gyám megnevezése illetve évenkénti elszámoltatása. A vármegye által kirendelt gyám kötelessége volt, hogy a kiskorú Ferenc osztályrészét, ami az ingó jószág értékesítéséből folyt be, helyezze ki „bátorságos helyekre”. Azaz ezt az összeget kamat kikötése mellett be kellett fektetni. A 19. század első felében ez rendszerint úgy történt, hogy kölcsönszerződés keretében a gyám rendelkezett a pénzről, az ő kötelessége volt arra felügyelni, hogy az adós, a szerződésben meghatározott időben a kamatokat pontosan fizesse, s a szerződés lejártakor a kölcsönvett összeget teljes egészében visszafizesse. A

¹⁸ HK.I.112–116.; FRANK 180–182.

törvényes kamat mértéke ebben a korban hat százalék volt,¹⁹ azaz pontosan ki lehetett számítani, hogy a Ferencnek járó örökrész után milyen összegű kamatra lehetett számítani.²⁰ Az árva vagyonáról évente történő elszámolás a gyámot terhelte. Az apa tisztában lehetett azzal, hogy a kölcsönszerződéseket az adósok nem mindig teljesítették pontosan, ezért végrendeletében azt is előírta, hogy a kinevezett gyámnak kötelessége, hogy ne csak kamatfizetést kössön ki, hanem a szerződés teljesítésének biztosítására kezeseket²¹ is állítsanak. Ezzel azt akarta elérni, hogy az, aki a Ferenc fia örökrészét képező összeget kölcsönvette, de azt nem tudta vagy nem akarta volna visszafizetni, akkor a kezeseknek kellett volna helytállniuk a szerződés teljesítésére. Így talán gyermekének örökrésze megmaradt addig az időpontig, amíg a teljes kort el nem érte, s ténylegesen megkaphatta örökrészét. Ugyanakkor az örökhagyó még egy biztosítékot közbeiktatott, mert arról rendelkezett, hogy a pénzt „György fiamnak befolyásával” kell a gyámnak befektetnie. Itt érezhető az, hogy bár nem a legidősebb fiát nevezte meg gyámként az apa, de miután a kiskorú Ferenc esetleges halála esetén a törvényes öröklés szabályai szerint az idősebb fiútestvérek örökölték volna az ő örökrészét, ami az osztály egyik jogkövetkezménye is volt, legidősebb fiának beleszólási jogot adott abba, hogy a gyám kivel kössön kölcsönszerződést. Hi-

¹⁹ 1644:144.tc.;1715:51.tc.

²⁰ CsMLSz V.102.o.1. 1782. augusztus 25. Az árva gyermek örökrészének kölcsönadásakor kötött szerződésre kiváló példa a következő eset, melyet ugyanúgy Szentés mezővárosában rögzítettek, ahol a fent említett örökhagyó is lakott. „Mi Böszörményi Ferenc és feleségem Bertók Erzsébet bizonyoságot teszünk arról, hogy megholt Bertók István és Istvánné csaknem vérszerint való atyáinkfiainak árvái tutorság alá kerülván, midőn a becsületes tanácsnak végzése szerint minden javaik illendő áron eladattak volna, mi is ára szerint, 250 forintokon, az öreg hegyben lévő szőlőjüket, minden hozzátartozó edényekkel együtt megvettük, az alább megígért feltételek alatt: 1. Míg a becsületes tanács jónak fogja ítélni, mindaddig légyen a mi kezünk alatt a szőlő ára, úgy mindazonáltal, hogy annak a summának törvényes interessét mindvégig az esztendő elein letegyük, hat forintokat adván 100 forintra. 2. Ha pedig a becsületes tanács vagy mi is nem akaránk tovább megtartani magunknál a fent nevezett summát, fél esztendővel az esztendőnek eltelése előtt, mi megintessünk, vagy mi híradással leszünk a summának letétele felől, hogy valami módon az árvák fogyatkozást ne szenvedjenek.” CsMLSz V.102.o.1. 1786. január 12. Hasonló intézkedést rögzítettek a következő esetben: „Szalai Mihály árváinak javait a méltóságos földesuraság rendelkezéséből licitacio által eladattak, ... amelyből 150 forint adatik Szalai Györgynek az árvák bátyjának, 60 forint Bellér Lászlónak, aki a házat megvette, és annak interessét fogja fizetni a naptól fogva, miolta a házat megvette. Ezen mindkét rendbeli elocalt capitalisnak interesse két esztendőig fog fordítatni a legkisebb még neveletlen leánynak neveltetésére. Azon két esztendő után pedig valamint a capitalis, úgy az azoktól esendő interes is mind a három árvát egyenlőképpen fogja illetni.”

²¹ CsMLSz V.102.o.1. 1817. március 17. Az árván maradt gyermekek vagyonára kötött kölcsönszerződésnek kezesek által való megerősítésére szolgál a következő példa: „mi pedig alól megígrtak fent nevezett Pusztai Pál és Pálné mellett kezességet vállalunk oly lekötelezés mellett, hogy ha Pusztai Pál és Pálné a három árvákat illető javakat egészen vagy szakaszonként az inventárium szerint magok valóságában vissza nem adhatnák, vagy nem akarnák, tehát mi azokat tartozunk in natura az árváknak megtéríteni, melyre nézve magunkat egyik a másikért obligáljuk. Dancsik András, Négyesi Péter.”

szen ha ezt a befektetett vagyont nem fizetnék vissza; akkor György és István, mint esetleges örökösök is kárt szenvedtek volna.

Ebben a korban igen nagy volt a gyermekhalandóság, ezért érthető, hogy az apa arra az időre is gondolt, ha szeretett Ferenc fia felnőtt korának elérése előtt meghalna, vagy ha utód nélkül halna meg. Ezért *helyettes örökösnevezéssel* élt az örökhagyó, amikor így szólt: „hogyha pedig Ferenc fiam meghalálozna, az őtet eképpen elrendelt illetőség György és István fiaimra háramoljon.” Ugyanígy az újonnan felépítendő ház is a két idősebb testvért illette volna Ferenc halála esetén.²²

Mindezek után az örökhagyó *hagyományrendelet*tel is élt, amikor a kor szokásának megfelelően egyházának, jelen esetben a római katolikus egyháznak száz forintot rendelt, melyet Ferenc örökrészből kellett kiadni.

Az armális nemes jogállásából következett, hogy az örökhagyó végrendeletének teljesítésével még egy *végrendeleti végrehajtót* is megbízott nemzeti Fejér Mihály esküdt személyében. Munkájának megfizetésével örökösait terhelte meg.

Ha összehasonlításaként más végrendeletekkel összevetjük Szetskó György végrendeletét, általános jellemzőként leszögezhető, hogy az a kor szokásainak megfelelő tartalommal bír, s legtöbb pontjában hasonlít a mezővárosban vele együtt élő telkes jobbágyok végrendeleteihez. Néhány eltérő vonás jelzi, hogy itt, még ha armális nemes is az örökhagyó, de a nemesi rendbe tartozó személy végrendeletéről van szó. Egyrészt a vármegyei közgyűlés a végrendeletet jegyzőkönyvében rögzítette, másrészt az örökhagyó kiskorú gyermekei számára a vármegye kötelessége volt a gyám személyét megjelölni. Tanúként nemes emberek szerepeltek a végrendeleten, s a végrendeleti végrehajtó is nemes ember volt. Jobbágyok körében ritkán fordult elő az özvegy feleségnek járó hitbér, ebben a végrendeletben viszont pontosan rögzítették. Végezetül pedig leszögezhető, hogy a Hármaskönyvben már rögzítésre került szabályokat betartották, ami többek között abban is megnyilvánult, hogy végrendelezési képességgel rendelkező személynek engedtetett meg a testamentum elkészítése, hiszen a végső rendelkezés legelső részében rögzítése került, hogy „ép és egészséges elmével bíró”²³ ember utolsó akaratának leírására került sor.

²² HK.III.30.; FRANK. 448. Bár Frank ezt az esetet nem helyettes örökösnek, hanem utódörökösnek nevezi, az adott végrendelet vonatkozásában helyettes örökösnevezés történt, amikor az örökhagyó legkisebb fiának utód nélküli halála esetére idősebb testvéreit nevezte örökösnek. CsMLSz V.102.o.1. 1826. november 18. „Szépe Erzsébet azon házamat, melyet Pólya András férjemmel szereztem édes leányomnak Pólya Juliannának által adom, ... és vöm Nyíri István is, kinek a ház felét leányom netalán maradék nélkül lehető kimúlása esetére ezennel által vallo.”

²³ FOGARASI 151.; CsMLM Végrendeletek III. 1807. november 19. „érezvén az én megélemedt öregségemben és beteges állapotomban, az utolsó végemhez való közelítésemet, az utánam maradandókról, amennyiben engemet illetnek, kívántam élő nyelvvel és ép elmével ... testamentomi rendelést tenni.”

Nemes idősb Szetskó György végső rendelkezése

Én alább is megnevezett nemes idősb Szetskó György megemlékezvén arról, hogy nékem is, mint embernek egyszer meg kelletik hálnia, most tehát midőn még ép és egészséges elmével bírok, gyermekeim között történhető visszavonások és perlekedések eltávoztatása tekintetéből csekély világi javaimról a következő végső rendelkezést kívántam tenni:

Elsőben is megjegyzem, hogy nékem három feleségeim voltak, nevezetesen Piti Katalin, akitől György és István fiaim, Katalin, Anna és Erzsébet leányaim származtak, – továbbá második feleségemtől Bónus Annától egy tíz esztendő fiam Ferenc, Márta, Julianna és Ágnes leányaim születtek; –végre a mostani kedves feleségem, Pósa Erzsébet, akitől semmiféle magzatom nintsen.

Továbbá megjegyzés nélkül nem hagyhatom: hogy nevezett feleségeimnek semmiféle hozománya jószágaimba vetve nem lévén, e részben senkinek követelése örököseim ellen nem lehet.

Végezetül azt is felemlíteni szükségesnek tartom, hogy az 1797. esztendei Insurrectio ideje alatt, amikor édes hazám védelmére mint nemes személy felállottam, távol létemben néhai édes atyám nemes öreg Szetskó György meghalálozván, készpénzre tevődött javaiból, testvéreimmal történt osztály következtében tíz forintoknál többet nem kaptam légyen, és így ezen csekély summán fellyül mindennémű javaimat, saját szorgalmam által szerezvén, azok tulajdon keresményeim légyenek.

Melyeknek előre való bocsátása után rendelem:

1. Hogy Katalin, Anna, Erzsébet és Julianna leányaimnak, annál fogva mivel őket sorsokhoz képest tisztességesen kiházásítottam, hátra maradandó javaimból semmit sem hagyok.

2. Márta és Ágnes hajadon leányaim, a köz javakból házassítassanak ki, oly módon, hogy a házamnál lévő s őket illető ágyi eszközökön fellyül, Mártának kiházásítására hatvan forintokat, minthogy a szükséges ruházatok részére általam már meg szereztettek. – Ágnesnek a házassítására pedig, mivel ez a szükséges ruházatok híjjával van, 140 forintok fordítódjanak, s tisztességes kiházásítására, alább megnevezendő örököseim különösen felügyelni tartozni fognak.

3. Atyai kötelességemnek lenni esmérem három neveletlen árváimnak neveltetéséről s tápláltatásáról valamint mostani kedves feleségemnek állapotjáról is gondoskodni; mellynél fogva ezennel elrendelem, hogy ha Ő Szent Felsége mostanában kiszólltana ez árnyék világból, György és István fiaim köteleztetni fognak, a 3. Tizedben nemes Molnár József szomszédságában lévő házamat egészen újonnan felépíteni, mégpedig a köz javak jövedelmeiből közönséges épületek e folyó esztendő őszre felállítani, annyival inkább, mivel az evégre

általam vett matériálék az érdeklett portán készen vagynak. Hogy pedig az épületeknek mekkorásága felől nevezett fiaim által valamely versengés ne támasztasson, a a felállítandó épületek, egy kettős, de alkalmas tágasságú szobából, egy pitvarból s egy kamrából, de kő kéményre készíthető házból álljanak, ezenkívül három lóra való istállót, kutat, kaput és kerítést felállítani és készíttetni tartozni fognak. Egyébiránt mivel ezen épületek felállítása a jövő ősre mulhatatlanul általam megkívántatik: addig tehát szeretett feleségem három neveletlen gyermekeimmel ezen házamban, melyben betegen most fekszem, legyenek, míg akaratomhoz képest minden készülékekkel az érdeklett ház fel nem építtetik. – Minekutána pedig tökéletesen lakható képpen a ház elkészítve leszen kedves feleségem Ferenc fiammal, Márta, Julianna leányaimmal, kiket tapasztalt szeretetébe és hűséges gondviselésébe ezennel ajánlom, költözködjének által; mely megtörténvén György és István fiaim azonnal köteleztetni fognak tíz köből búzát, hat köből árpát, két darab másfél esztendő s sertést községesen meghízvalva és 15 itze vaját adni, – annak utána pedig Királyságon lévő egy sessio urbarialis földemnek fele részét tartás fejében által engedvén, azt többször nevezett György és István fiaim felibe felszántani, egyszersmind az azzal egybe köttetett urbarialis terheket is viselni, – továbbá a termett életet s annak szalmáját haza szállítani, – a sertéseknek és a vajnak kiszolgáltatását mindazonáltal úgy értvén, hogy azon esetre, ha kedves feleségem a nevemet megváltoztatná vagy pedig leányaim férjhez mennének, a számarányához képest kötelességük leszen az írt élelembéli eszközöket sokszor említett fiaim kiadni.

4. Kedves feleségemnek Pósa Erzsébetnek György és István fiaim helyben hagyásával ajánlott 300 forintokból álló mőringját örököseim a közös vagyontól halálom után fizessék ki, és mind addig, míg a nevemet viselni fogja, a számára rendelt házban lakjon és a felhozott jótéteményekkel éljen.

5. Fekvő és ingó javaim a következőkből állanak. Van a városban két házam, egy sessio urbáialis földön lévő tanyai épületek, 18 darab ökör, 10 darab kisebb s nagyobb marhák, 4 kocsi és 6 darab ménese lovak 250 darab juhok, 25 darab sertések 3 vasas szekér 3 vasa kocsi, 4 eke szerszám 6 csatlós és egy vontató lánc egyszóval mindenféle tanyai és egyéb házi eszközök, mely javaimban örökösöknek rendelem és nevezem György, István és Ferenc fiaimat, jelesen pedig:

6. Ferenc neveletlen fiamnak jövendőbeli sorsa szíven feküdvén illetőségét ily módon határoztam el; hogy a feljebb kitett ökröknek és juhoknak fele része eladódván, valamint a tanyai épületeknek egy harmad része felbecsültetvén – mind az ökröknek és juhoknak mind pedig a tanyai épületeknek becsára, a T. Nemes Vármegye által kinevezendő gyám atya által bátorságos helyekre mégpedig kezesek állítása mellett György fiamnak befolyásával, interesre adódjon ki. – a számadás terhe a kinevezett gyám atyát illetvén – továbbá a lovakból a legjobb két lovat szinte Ferenc fiamnak hagyom – a sertések pedig a folyó esztendei őszig együtt maradjanak, akkor Ferenc fiam részére esendő

harmadrész, valamint az apró-cseprő tíz darab szarvasmarháknak is szinte harmadrésze eladódván, azoknak ára ugyanazon tutor számadása alá az írt módon bízattasson. – végre azon esetre, hogy ha Ferenc fiam felnevelkedvén György és István testvéreivel az egy sessio urbarialis föld eránt egyezsége nem léphetne, köteleztetni fognak nevezett fiaim, 400 forintokat fizetni, semmiféle keresetre ellenük többé nem lehet. – Mindezekon kívül még a tanyai és házi eszközöknek egyharmad részben leendő eladatása, nevezett Ferenc fiam részére eszközöltesen és azoknak ára szinte gyümölcsözés végett kiadattasson, – hogyha pedig Ferenc fiam meghalálozna, az ötet eképpen elrendelt illetőség György és István fiaimra háramoljon.

7. Nemes Molnár József szomszédságában lévő s a már elhatározott módon felépítendő házamat hagyom és testálom Ferenc fiamnak, mag nélküli kimúlása esetére pedig György és István fiamnak.

8. A római Catholica Anya Szent Egyháznak testálok 100 forintokat, mely is Ferenc fiam részére esendő rátából fizetődjön ki.

9. Mind azon javaimon felül, melyek az előbbeni pontok szerint eltestáltattak, minden néven nevezendő fekvő és ingó javaimat, hogy ha közösen nem használják s együtt osztatlanul megmaradni nem akarnak, egyenlően hagyom és testálom György és István fiamnak.

10. Ezen utolsó akaratomnak végrehajtására ezennel megkérem nemzeti Fejér Mihály esküdt urat, örököseim által leendő fáradságának megjutalmaztatása mellett.

Mely végső rendelkezésemnek minden pontjai általam felolvastatván, azokat részemről nemcsak hogy helyben hagytam, hanem, hogy az alol vett s általam megkért tanúk is saját nevük aláírásával s szokott pecsétjükkel megerősítsék, ezennel nyilván megkértem, – sőt írást nem tudván nemes Dózsa András főhadnagy urat, nevem aláírására ezennel fel is szólítottam.

Költ Szentesen februárius 19-én az 1831. esztendőben nemes öreg Szetskó György saját keze keresztvonása.

MÁRIA HOMOKI-NAGY

WORÜBER EIN TESTAMENT ERZÄHLT

(Zusammenfassung)

Die Praxis der Testierung existierte im Rahmen des ständischen ungarischen Zivilrechts, wenn auch in einer stark eingeschränkten Form. Allgemein kennzeichnend für die ungarische Rechtspraxis im 18./19. Jahrhundert war, dass jedwedes Gut erwähnt wurde, auch wenn es um Güter ging, über die im Todesfall nicht verfügt werden durfte. In diesem Fall wurde festgelegt, wer die legitimen Erben sind. Aus diesem Grund sind die Testamente als Spiegel des gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Lebens in Ungarn im 18./19. Jahrhundert zu betrachten. Darüber hinaus geben sie einen Einblick in die Regeln des Gewohnheitsrechts.

Im Aufsatz wird das Testament eines Kleinadeligen aus dem Jahre 1831 analysiert. Es stellt sich heraus, dass der Erblasser nur über adelige Vorrechte verfügte, d. h. seine Witwe hatte Anspruch auf Morgengabe (dos), außer des Hauses und eines Hausplatzes hatte er jedoch keine weiteren Immobilien. Zugleich hatte er aber erwachsene wie unmündige Nachkommen, unter denen er seine Mobilien aufteilen wollte. Im Testament gab er einen Vormund an, um das Vermögen der unmündigen Kinder zu bewahren, und nannte sogar den Testamentsvollstrecker.

Ein besonderes Merkmal des besagten Testaments ist, dass es auch im Protokoll der Versammlung des zuständigen Komitats festgehalten wurde.

Im Aufsatz wurde bewiesen, dass die in einem konkreten Testament formulierten Verordnungen im Vergleich mit anderen Testamenten typisch für die jeweilige Zeit sind.

Konszolidáció vagy fragmentáció?

Hatékonyság versus demokrácia

A címbeli dilemma bővebb kifejtést igényel. A felvetés a kiváló lengyel kutató Pawel Swianiewicz-től származik,¹ aki a méret, a demokrácia és a szolgáltatási hatékonyság összefüggéseit elemzi a közép kelet európai országok önkormányzati rendszereit vizsgálva. A két lehetőség ugyanakkor jól illusztrálja azt a választat is, amely előtt a magyar önkormányzatok állnak. Konszolidáció, azaz a helyi igazgatás új alapokra történő helyezése, ami a viszonylagos stabilitás² állapotát eredményezi, vagy az atomizálódott struktúra további fenntartása, amely nemcsak az alkotmányos követelményekből fakadó, területileg kiegyensúlyozott közszolgáltatási és államigazgatási minőséget nem tudja biztosítani, hanem – főként a kistélepeleéseken – súlyos működési zavarokat mutat.

A közigazgatási szolgáltatások korszerűsítési programjáról elfogadott 2198/2003. (IX. 1.) Korm. határozat kijelölte a modernizációi irányait. A program többek között tartalmazza a jogilag lehatárolt kistérségi szint létrehozásának szükségességét, valamint olyan fejlesztési régiók kialakítását, amelyek alkalmasak a területfejlesztési és egyéb ágazati programok megvalósítására, valamint az európai uniós támogatások fogadásának hatékony előkészítésére, koordinálására, a szükséges döntések decentralizált meghozatalára.³

¹ *Consolidation or fragmentation*. Edited by P. Swianiewicz LGI Books, OSI, 2002.

² Ahogy Leemans kiemelte: minden adminisztratív rendszer az idő múlásával elavulttá válik. BENETTS tovább megy, amikor rámutat arra, hogy gyakran mire a politikai akarat megteremtődik a reform végrehajtásához, addigra majdnem mindig a társadalmi és gazdasági rendszerek az igények új dimenzióit termelik ki. *Local Government in New Europe*. Edited by R. Benett, Belhaven Press, London and New York, 1993, 6. p.

³ A modernizációs program szinte kizárólag a közigazgatás keretein belül marad, s nem érinti a közszolgáltatások korszerűsítésben más társadalmi alrendszerek lehetséges szerepét. Ez a szabályozás sajátos filozófiájára utal, s szemben áll azzal az egyre terjedő megközelítéssel, amely politikai, gazdasági, szervezeti stb. okoknak köszönhetően a közszolgáltatások network, hálózat jellegű megvalósításában gondolkodik. Ez utóbbi megközelítés a közpéntekből finanszírozott szolgáltatások megvalósításban szerepet biztosít az állami szervek mellett a piaci, a non profit és

Az előbbi célok mögött ott van az a nyilvánvaló felismerés, mely szerint: „a modern államokban egyre több és több feladat decentralizálása⁴ valósul meg, ami a kis községek, és városok funkcióit látványosan megnöveli. Ugyanakkor erősödik a színvonalasabb szolgáltatások iránti elvárás is, ami viszont csak nagyobb földrajzi területen működő, átfogóbb igazgatási egységek révén elégíthető ki, figyelemmel a pénzügyi, technikai, igazgatási stb. törvényszerűségekre.”⁵

Kettős elvárás megvalósítása tehát a jövő feladata. Egyrészt, az integráció egy rugalmas formája révén a kistérségek fokozatos kiépítése, másrészt a decentralizáció tágabb keretein belül regionalizáció. Talán szükségtelen is hangsúlyozni, hogy az előbbi, egymással gyakran ellentmondásban levő, különböző célokat szolgáló szempontok konfliktusmentes megvalósítása milyen bonyolult, összetett feladat. A centralizáció erősítése a helyi autonómia ellen hat, még ebben gyengített formájában is, a regionalizáció pedig, óhatatlanul hatáskörrelvonást jelent a központi szervektől, illetőleg megkívánja az önkormányzati szintek – település, kistérség, régió – közötti feladat és hatáskör telepítés lehetőség ellentmondás-mentes kialakítását.

Kevésbé hangsúlyos, illetőleg egyáltalán nem érintett eleme a fejlesztési elképzeléseknek, hogy a formális struktúrák korrekcióján túl a működés eredményességének a javításához milyen egyéb változtatásokra van szükség.

A nemzetközi tapasztalatok szerint a programok, szolgáltatások színvonalának a javítása, a szervezeti működés gyakorlatának alapvető átalakítása a meghatározó értékek és normák tervezését is megköveteli. Az autoritás szimpla újraelosztása ugyanis, számos közigazgatási reform elvárásaival ellentétben, csak kevésbé befolyásolja a működés eredményét. Következésképpen, minden reformtervnek figyelembe kell venni a tágabb értelemben vett kormányzás szükségleteit is⁶, azaz a formális eljárások és struktúrák úgy tekintendők, mint szükséges, de *nem elegendő* elemei a közszektor fejlesztésének.⁷

egyéb formációknak is, akik a közösségi szükségletek legalább olyan hatékony szolgálói lehetnek, mint az állam.

⁴ A decentralizációs trend a helyi önkormányzatok hatalmát látványosan megnövelte. Azokban az országokban-s ide tartozik a legtöbb európai állam-, ahol az önkormányzatokat a törvényhozás általános hatáskörrel ruházta fel, a hatáskörök azonosak, független a mérettől, vagy más kritériumtól.

⁵ BENETT: i. m. 5. p.

⁶ Lásd erről bővebben: *Governance and Performance. New Perspectives*. Editors: C. J. Heinrich and L. E. Lynn, Jr. Georgetown University Press, Washington, D.C. 2000. 11. p.

⁷ Az OECD-nek a közszektor modernizációjával foglalkozó anyaga szintén kiemeli, hogy: „Every organisation, from an assambly line manufacturer to a government office, must rely on informal factors such as staff commitment and the sense of joint purpose if it is to be successful. In complex areas of activity where performance is impossible to measure in any comprehensive way, these informal factors become the prime means of direction, motivation, co-ordibation and control. There is no area of activity more complex than the policy domain of government, and it has long been recognised that the core public service is controlled more by culture than rules, a situation that is likely to continue despite progress in target- setting, performance contracts and

A mai, modern közigazgatással, s annak intézményeivel és feladataival kapcsolatos gyakran ellentmondásos, s egyidőben csak ritkán teljesülő igények megjelenése egy hosszabb fejlődési folyamat eredménye, melynek kezdete hozzávetőlegesen az ötvenes évek elejéig nyúlik vissza.

A jóléti állam szerepe a kialakulását követően látványosan növekedni kezdett, s a közigazgatás az életviszonyok egyre több és több területén vállalt feladatot, s így gyakran még olyan hatáskörök is állami kompetenciává váltak, amelyek a szó szoros értelmében sohasem voltak azok. Az állami aktivitás szinte folyamatos növekedése, amely végül már nemcsak elviselhetetlen költségvetési terhet, hanem túlburjánzó, rosszul teljesítő, elidegenedett bürokráciát is eredményezett, azzal a konzekvenciával járt, hogy a megvalósítási, *végrehajtási felelősség* a kormányzati szintek között szinte folyamatosan lefelé mozgott, még akkor is, ha a formális jogi felelősség rendszerint a magasabb szinteken maradt. A hetvenes évek közepéig a legtöbb európai országban az önkormányzati feladatok, a személyzet, a költségek, az igazgatási hatalom látványos expanzója volt érzékelhető, s ennek eredményként a kormányzati jóléti programok, nagyrészt, mint *helyi* önkormányzati feladatok jelentek meg.

Az előbbi tendenciával párhuzamosan- paradox módon- a központi és a szubnacionális szintek közötti *divergencia* is növekedett, annak köszönhetően, hogy a területi, helyi intézményeknek növekvő költségvetési felelősséget is magukra kellett vállalniuk, statikus, gyakran szűkülő pénzügyi bázison. Mivel a központi szint birtokolta – hagyományosan – a meghatározó potenciált az adók emelése terén, kialakult egy feloldhatatlannak tűnő ellentmondás az erőforrások és az igények között, ami csak a szintek közötti transzfer révén volt orvosolható, főként juttatások formájában. Ezek a változások az önkormányzatokat végső soron kijáró szerepre kárhoztatták, s egyben támogatásfüggővé is tették. A helyi döntések, és azok pénzügyi következményei közötti kapcsolat így módon folyamatos *erózió* tárgyát képezte.

A hatáskörök és a feladatok decentralizálásán túl az állami szervek számára egy további kihívást jelentett a szolgáltatások színvonalának emelése, a minőség javítása iránti igények kielégítése. Ezek az elvárások egyre szélesebb lakossági, fogyasztói körben artikulálódtak, s végső soron az állami intézmények legitimációjának⁸ a próbaköveként funkcionáltak. A hatékony, költségtakaré-

measurement.” Azaz: „Minden szervezetnek, a futószalagtól kezdve a kormányzati hivatalig ha sikeres kíván lenni olyan informális tényezőkre kell támaszkodnia, mint a személyzet elkötelezettsége és a közös célok. Olyan komplex környezetben, ahol a teljesítményt lehetetlen átfogóan mérni, ezek az informális tényezők válnak az irányítás, motiváció és a kontroll elsődleges eszközeivé. Nincs komplexebb cselekvési terület, mint a kormányzás, és régóta ismert, hogy az alapvető szolgáltatásokat jobban befolyásolják a kulturális viszonyok, mint a szabályok, s ez a helyzet folytatódni fog annak ellenére, hogy a célprogramok, teljesítmény megállapodások és mérések sokat fejlődtek.” OECD Public Sector Modernisation. Policy Brief 2003.5. p.

⁸ Ma már közhírt H. Frederickson azon megállapítása, mely szerint a modern államokban a politikai felelősséget csak szolgáltatási hatékonyság árán lehet eladni. Ugyanakkor a szerző a versengő értékek problémájára is rámutatott, amikor kiemelte, hogy a hatékonyság növelése a

kos, de egyben jó színvonalú alapszolgáltatás rendszerint meghaladta helyi szervek teljesítőképességét, s végeredményben azt eredményezte, hogy a professzionalizációs nyomásnak is köszönhetően a szolgáltatási szint egyre feljebb tolódott, s olyan területi vagy regionális fokozatok létrehozása vált szükségessé, ahol a kellő szakmai feltételek biztosíthatóak voltak.

Ugyanakkor ezek a lépések ellentmondásban voltak azzal a szintén figyelmen kívül nem hagyható *követelménnyel*, hogy strukturális változások ellenére a választók továbbra is intézményes lehetőségekkel, formákkal rendelkezzenek véleményük közvetlen kifejezésére, a képviseleti feladatot betöltő intézmények működésének befolyásolására. (participáció).

Nem véletlen tehát, hogy a fentiekben vázolt ellentmondásos tendenciák hatására az elmúlt évtizedekben a nyugat európai államok mindegyike kereste annak e lehetőségét, hogy javítsa az állami szervek, így a helyi önkormányzatok működési hatékonyságát, de egyben megfeleljen a részvételi követelményeknek is, folyamatosan szembesülve a különböző elvárások és igények összeegyeztetésének a nehézségeivel.

Elméletileg *négy lehetőség* kínálkozott a gazdasági, társadalmi folyamatok és más tényezők komplex hatásainak, kihívásainak a kezelésére:

1. Szerkezeti átalakítás, ami a komplett önkormányzati struktúra korrekcióját jelentette, beleértve az önkormányzatok számának csökkentését, illetőleg azok összevonását⁹ a hatékonyság, valamint a méretgazdaságosság előre meghatározott kritériuma alapján (strukturális átalakítás);

2. Ad hoc kiigazítás, a speciális, település közötti kooperáció igényei alapján, megőrizve a municipiumok alapstruktúráját, a hatáskörök, valamint az erőforrásokat összevonása mellett (technikai átalakítás);

3. Nagyobb állami támogatások biztosítása a megnövekedett helyi feladatok akár önálló, vagy kooperáció révén történő megvalósításához. (pénzügyi transzferek révén történő átalakítás);

4. A helyi önkormányzati hatáskörök jelentős elvonása, illetőleg azok regionális vagy központi szintre történő telepítése (centralizáció révén történő átalakítás);

Ezek az alternatívák a gyakorlatban ritkán valósíthatóak meg, nem utolsósorban azért, mert egymást kizáróak. A tapasztalatok szerint a nyugati országok többsége áramvonalasította a helyi struktúrákat, s az összevonást választva, radikálisan csökkentette a helyhatóságok számát. Figyelmet érdemel, hogy az

felelősség, míg a felelősség növelése a hatékonyság csökkenését vonja maga után. H. G. FREDERICKSON: *New Public Administration*. The University of Alabama Press 1980. 5. p.

⁹ A központ szervek szempontjából előnyösebb, ha kevesebb az önkormányzatok száma, másrészt a nagyobb egységek mellett szól a pénzügyi erőforrások racionálisabb felhasználásának a lehetősége is.

ilyen típusú reformok főként a hatvanas hetvenesre jellemző gazdasági, társadalmi kontextusban voltak megvalósíthatók.

A nyolcvanas években a technikai kiigazítás volt a preferált módszer, s liberalizáció szellemiségének a talaján a privatizáció módszereit alkalmazva a közszolgáltatási gyakorlatba az állami szervek mellett magán vállalkozások, non profit szervezetek is aktívan bekapcsolódtak. Ily módon az önkormányzatok funkcionális és működési hatékonysága javítható volt a mérettől, a pénzügyi, technikai, szakmai adottságoktól függetlenül.

Megfogalmazódtak olyan vélemények is, mely szerint éppen kapóra jött a kontinentális bürokrácia markának szorításában vergődő országok számára az angolszász indíttatású Új Közszolgáltatási menedzsment, amely a túlvállaló, rosszul teljesítő, szerepzavarral küszködő állam számára kínált kitörési lehetőséget azzal, hogy megszabadította olyan funkcióitól, amelyek szervesen¹⁰ nem tartoztak hozzá. Így került a magánigazgatás számos eszköze, s annak kultúrája a közszektorba, a napi szolgáltatási gyakorlatba. Jóllehet a piaci elemek elsősorban a közigazgatás hatékonyságának a javítását, s a fogyasztói orientáció erősítését célozták, az empirikus adatok nem minden esetben támasztották alá az optimista előfeltevéseket.¹¹

A tárgyyszerű képhez hozzátartozik az is, hogy néhány ország egyáltalán *nem hajtott* végre mélyreható reformokat, részben, mert az önkormányzatok méretét adekvátnak tartotta (Portugália), vagy, mert a reformellenes politikai erők rendkívül erősek voltak Franciaország).

Azok az államok, amelyek a strukturális reformokat megvalósultak (Belgium, Hollandia, más skandináv országok) azt csak *kötelező előírásokkal* tudták végrehajtani, mivel az államilag támogatott, de önkéntes kooperáció kudarcot vallott.

A széleskörű, összevonásokkal járó önkormányzati reformok – legalább is abban a formában, ahogy a nyolcvanas években lezajlottak – a kilencvenes évek gazdasági és politikai kontextusában már nem voltak kivitelezhetőek.

A harmadik változat, a pénzügyi transzferek erősítésének az alternatívája sem bizonyult járható útnak, mivel gazdasági recesszióknak köszönhetően több ország jelentős pénzügyi deficitet halmozott fel, továbbá az európai gazdasági és pénzügyi unió kritériumainak a teljesítése is jelentős terhet rótt az államokra.

A negyedik verzió működőképessége is kérdéses, inkább az ellenkező trend dominál. A centralizáció egyébiránt éles ellentétben volna azzal a politikai

¹⁰ Szerves, organikus funkcióknak tekinthetők a külügyi, belügyi, pénzügyi igazgatással, rendvédelemmel stb. kapcsolatos teendők. Ezekhez képest inadekvát, pl. a túlméretezett kulturális, vagy társadalombiztosítási stb. funkció.

¹¹ A privatizációnak, valamint a piaci módszereknek a közszektorban betöltött szerepével kapcsolatos értéktételek, az ellentmondásoktól korántsem mentes tapasztalatok alapján, meglehetősen árnyaltak. Mára már meghaladottá vált a piaci eszközöknek csodaszerként történő kezelése, az előnyök mellett ismeretek a korlátok, erősségek, gyengeségek is.

szándékkal, amely a kormányzati feladatok delegálását, decentralizálását tartja fontosnak és mérvadónak.

Az *uralkodó tendencia* ma Európában az a megoldás, amely a települések közötti együttműködés lehetőségét preferálja az egyes szolgáltatások megvalósítása során, mivel ez az autonómia megőrzése mellett lehetőséget teremt az erőforrások egyesítése révén a működési színvonal emelésére, s biztosítja a részvételi elvárások teljesülését is.

A késő jóléti, a posztindusztriális állam krízisével, válságával vagy működési zavaival kapcsolatos szakmai válaszok a *hagyományoktól*, sajátosságoktól meghatározva tehát különbözőek. Egyes országok, mint például Hollandia, vagy Anglia, a települések együttműködését, a kooperáció erősítését, fejlesztését tartotta fontosnak, elsődlegesen abból a célból, hogy a belső verseny helyett a nemzetközi versenyképesség erősödjön. Ezt a méretek növelésével és a területi reformmal valósították meg. Hasonló lépések történtek egyébiránt a volt Szovjetunióban, Csehszlovákiában, Lengyelországban, de Magyarországon is a nyolcvanas években.

Másutt új igazgatási szintet intézményesítettek, s azokat részben a központi szervek vagy más helyi egységek korábbi funkcióival ruházták fel, mint ahogy ez a francia régiók, vagy a belga provinciák esetében történt. Természetesen számolni kellett az ellenhatásokkal is, mivel a túlságosan nagyméretű önkormányzati egységek rendszerint nem felelnek meg a kormányzás emberei léptékének, és demokratikus deficitet indukálnak. Minden méretbeli változás ugyanis szükségszerűen befolyásolja nemcsak a hatékonyságot, hanem a demokratikus ellenőrzés iránti igényt is. Erre figyelemmel az integrációs lépések mellett folyamatosnak mondható azoknak a megoldásoknak a keresése, amelyek révén a participációs igények is kielégíthetők, a hatékonyság kiemelt céljainak a sérelme nélkül.

Végeredményben, napjainkban a legtöbb nyugati országban a helyi, területi igazgatás *különböző formáival* találkozhatunk a történelmi adottságok, nemzeti jellemzők függvényében. Az önkormányzatok mélyen *beágyazódnak* a sajátos politikai kultúrába, s ez más tényezőkkel együtt óhatatlanul alakítja, formálja szerepüket. Európa nyugati felében a meghatározó jelentőségű volt az európai közös piac kialakulása, amely az államhatárok jelentőségét viszonylagossá tette, s többek között a regionális gazdaságfejlesztés felértékelődött szerepéhez vezetett. Ennek konzekvenciái elsősorban a regionális szint kiépítésében és a feladatainak a bővülésében érhetők tetten, vagy ahol erre nem került sor ott is érzékelhetők olyan kezdeményezések, melyek végső célja az alapértékek megőrzése mellett, az integrációs kihívásokra adekvát igazgatási, szervezési, működési válaszokat nyújtó formák bevezetése.

Közép- és kelet-Európában, a kilencvenes években mindenütt az új, demokratikus, helyi igazgatás megteremtése volt az aktuális feladat, majd hamarosan a működési hatékonyság költségtakarékosság, racionalitás stb. követelményei erősödtek meg, részben a szűkülő erőforrásoknak, részben, pedig az egyre mar-

kánsabban jelentkező funkcionális zavaroknak köszönhetően. Az európai kerekbe való integrálódás nemcsak a korábbi *szerkezet és működés* felülvizsgálatát teszi lehetővé, de a modernizáció tágabb lehetőségein belül azoknak az önkormányzati alap értékeknek a hangsúlyozását is, amelyek eddig kevésbé domináltak. Ezek a törekvések állandó elemei a magyar közigazgatás fejlesztési elképzeléseinek is.

A nemzetközi kitekintés tanulmányunkban nem csupán valamiféle per se, elméleti megalapozásul szolgált, hanem sokkal inkább annak a *feltételrendszernek* az illusztrálására, amelyben a mindenkori kormányoknak a maguk mozgásterét szükségszerűen meg kell találniuk, ha a választók bizalmát nem kívánják elveszteni.

A lehatárolás problémája

Minden strukturális reform- a reform erők szándékaitól függetlenül- felvet olyan *alapkérdéseket*, melyek újbóli megvizsgálása segítheti a célok megvalósulását, s melyek átgondolása, s értékelése révén legalább is minimalizálhatók a nem kívánatos következmények. Az első ilyen alapp probléma a lehatárolás dilemmája.

Ma már történeti tény, hogy nyugat Európában az urbanizáció dinamikus fejlődésének köszönhetően nagyvárosok, vagy városi központ köré szerveződő *városi régiók* jöttek létre a hatvanas- hetvenes években. A város és környéke számos *technikai* problémát rejt magában nemcsak a körzetközponti szerepet betöltő település, de a többi, rendszerint kis méretű, de ugyanakkor független önkormányzat szempontjából is. Az ezekkel a kérdésekkel foglalkozó vizsgálatok egyik központi eleme a *spillover hatások* számbavétele és kezelése.

A tapasztalatok szerint, ugyanis egy meghatározott önkormányzati területen élők és tartózkodók nemcsak a saját településük által nyújtott szolgáltatásokat veszik igénybe, hanem a környező, rendszerint fejlettebb intézményi hálózattal, s ennek révén színvonalasabb szolgáltatásokat nyújtó, rendszerint a székhelyen működő intézmények ellátásait is. A pénzügyi források transzferjének szabályozatlansága, illetve megfelelő mechanizmusainak hiánya esetén *ellentmondás* keletkezhet a közterhekhez való hozzájárulás és a támogatási formákból való részesedés között, mivel azok is élvezik a nagyobb település szolgáltatásait, akik azok fedezetéhez adók, díjak stb. formájában valóójában nem járultak hozzá.

A probléma másik dimenziója a *részvétellel* és képvisellel kapcsolatos feszültségek kialakulása. Mivel a szolgáltatások „tágabb” körébe tartozóknak (a közigazgatási határon kívülről érkezőknek) sem a részvétele, sem pedig a képviselte, az adminisztratív lehatárolásának köszönhetően, nem biztosított, a részvétel követelményei nem teljesülnek maradéktalanul.

A városi régió tehát, egy sajátos *megjelenési* formája a részvétel elsődlegesen *politikai*, valamint a hatékonyság *technikai* kritériumai közötti ellentmondásnak, ami az optimális igazgatási terület kialakításakor felvetődik. Földrajzi értelemben ez a dilemma ahhoz az alapkérdéshez kapcsolódik, hogy hogyan történjen a közigazgatási határok meghatározása, lehatárolása.

Az ideális megoldás szerint az ún. aktivitási területekhez (munka és lakóhely kapcsolata, társadalmi kapcsolatok mintái, közösségi identitás hatóköre stb.) igazodó lehatárolás nemcsak hatékony, hanem demokratikus, a részvételei igényeket is kielégítő igazgatási egységet eredményez. A gyakorlatban azonban a legtöbb európai országban az igazgatási egységek inkább *alulhatároltak*, az aktivitási terület átszeli számos kistélepülés határát, s megoldatlan a képviselőlet és a finanszírozás kérdése.

Helyenként túlhatárolás is előfordul, azaz az aktivitási terület csak egy kis részét fedi le az igazgatási határoknak. Ez tipikusan a nagyobb földrajzi területen kialakított igazgatási egységeknél jelentkezik, vagy a helyi önkormányzatok területi reformjának, összevonásának lehet a következménye.

A pontos lehatárolás nyilvánvaló előnyei ellenére a teljes lehatárolás elérése több problémát vet fel. Mindenekelőtt a preferenciák, és az aktivitási területek alapján el kell dönteni, hogy milyen jellegű aktivitások tekintendők mérvadónak. A funkcionális városi régiók Európában azon az alapon szerveződtek, hogy a munkavégző populációnak milyenek a közlekedési szokásai. Ez a megoldás ugyanakkor figyelmen kívül hagyja a jelentős többség tevékenységét. A dolgozó népesség az össznépességnek csak a 40-60 százalékát teszi ki, s elképzelhető, hogy az utóbbiak teljesen különböző aktivitási központokkal rendelkezhetnek, ugyanakkor meghatározó fogyasztói egyes helyi szolgáltatásoknak. A funkcionális, vagy város körzet felfogás tehát hajlamos megnövelni az adminisztratív határokat, jóval túl az átlag aktivitásán, és a munkavégzést a helyezi a középpontba.

A szakirodalom további problémaként nevesíti azt a kérdést, hogy az aktivitások hierarchiája alapján, mely aktivitások kapjanak elsőbbséget a közigazgatási határok kijelölése során. A kétszintű közigazgatási rendszerek két különböző elvet érvényesítenek. A felsőbb szint leképezi a lakóhely és munkahely között ingázás során kialakult határokat, míg az alsóbb igazgatási egység a személyes szolgáltatások szintje. Ugyanakkor ez a megoldás is kizár más, rendszerint helyi szinten jelentkező aktivitásokat.

Nem elhanyagolható, s korántsem csak elméleti kérdés, hogy hogyan *alkalmazkodnak* a már létező, s viszonylag merev igazgatási határok a változó aktivitásokhoz. Az aktivitási formákból kiinduló megközelítés sajátja ugyanis a belső instabilitás, s e mellett a szükségszerűen jelentkező – a közigazgatás egészére jellemző – elavulást is figyelembe kell venni. A teljes lehatárolásnak nyilvánvaló előnyei vannak, mivel ez a társadalom és a közigazgatás optimális illeszkedését eredményezi, de figyelembe kell venni a határ kijelölésnél-, legyen az regionalizáció vagy bármi más – jelentkező elavulást, ami abból fakad, hogy a

lehatárolás feleslegessé vagy igazságtalanná válhat, mivel korábban kizárta egyes csoportok aktivitását.

A tapasztalatok szerint a falusi területek nagyobb egységekbe történő összevonása, mind nyugat Európában, de keleti országokban is azt eredményezte, hogy a köz és kulturális intézmények megszűnésével veszélybe került a kistelepülés jövője. A helyi adminisztráció elvesztése destabilizálja a lokális társadalmat. A kis település lakóinak gyakran külső döntéshozók ellenében kell érdekeiket megvédeniük, ami növeli a függőség érzetét, s egyben az elidegenedés irányába is hat.

A közigazgatási határok meghúzásánál fontos szempont a társadalmi és kulturális identitás, *közösségi szellem*. Ez fontos tényezője a hatáskör telepítésnek, különösen azon funkcióknál, amelyek megvalósítása egyben a társadalmi újraelosztás egy sajátos formája. Ilyen pl. a szociális, egészségügyi szolgáltatások egy része.

A közösségi szellem kialakulását a közös kulturális, történelmi gyökerek mellett a területi sajátosságok, a gazdasági, társadalmi feltételek, a helyi igazgatás korábbi gyakorlatának elfogadása és intézményesülése teszi lehetővé. Elméletileg minél kisebb a közösség mérete annál nagyobb az esély a közösségi identitás kialakulására, jóllehet a méret szerepe nem kizárólagos és egyedül meghatározó. Figyelmet érdemel, hogy a közösségi szellem *lassan változik*, falusi településeken vagy nagyvárosi szomszédságokban is a társadalmi stabilitás egyik pillére. Éppen az előbbi jellemzőinek köszönhetően a hatékony decentralizációs eljárások és részvételi formák megteremtéséhez a helyi identitás megléte előfeltétel.

A lehatárolás kérdése vizsgálandó szempont a kistérségi rendszer tekintetében is. A továbbiakban a városi régió *analógiájára* a kistérségekhez kapcsolódó lehatárolási kérdések elemzésére teszünk kísérletet. Az analógia alapja, hogy mindkét esetben a centrumtelepülés jelentősége meghatározó, ez a szervezési és szolgáltatási csomópont.

Az ebben a tárgykörben elfogadott kormányrendelet 168 egységet nevesített. Kérdés, hogy a határok megvonásánál a statisztikai kategóriák beemelésén túl érvényesülte-e további szempontok? Kifejezésre jutottak-e elsősorban a vidéki lakosság mindennapi szükségleteinek kielégítésével kapcsolatos gazdasági, munkába járási, piaci-kereskedelmi, infrastrukturális, közigazgatási és társadalmi kapcsolatok. Valószínűsíthető, hogy megyehatárokhöz tökéletesen igazodó lehatárolás nem vette, mert nem is vehette figyelembe a kistérségi szerveződés *természetes*, organikus folyamatait, melyek következménye a közigazgatási határok szükségszerű átlépése.

Mindez – megítélésünk szerint – nemcsak egy *mesterséges* elemet vitt a rendszerbe, de magában hordozza az egyes települések lakosságának az ellenállását is a besorolást, hovatartozást illetően, mivel a munkába járási, kulturális, ügyintézési, életmódbeli stb. szokások nem szükségszerűen vannak összhang-

ban a statisztikai határokkal. Az előbbieket sajátja ugyanis a spontaneitás, természetesség.

Úgy tűnik a *nagy számok* bővülete a rendszerváltás óta kísérti a magyar közigazgatás történetét. Több mint 3200 önkormányzat, több mint 70.000 helyi képviselő, 252 város, s jelenleg 168 kistérség. Ha nem a statisztikai kistérségek képezték volna a lehatárolás kiindulópontját- egyéb, szakmai szempontok alapján- számarányában kevesebb és *integráltabb* szerkezet jöhetett volna létre. Ez nemcsak az egyes kistérségeken belüli mutatók (lakosságszám, intézményi ellátottság, terület stb.) helyenként kiáltó aránytalanságait oldotta volna, de a jelenlegi település centrikus térségi szemléletet nagyobb léptékű, valódi térbeli gondolkodással válthatta volna fel. Félő tehát, hogy a fragmentált alapszint után, létrejött egy újabb, *túldimenzionált*, mesterséges szerkezet, amely nem biztos, hogy alkalmas keretként szolgál a közszolgáltatások hatékonyságának a javításához. Ezt a veszélyt látszik alátámasztani az a közismert tény is, hogy a centrumtelepülésként definiált városok egy része¹² valójában csak jogi, s nem pedig, szociológiai értelemben vett város, s ez miatt nem képes funkcionálisan átfogni szűkebb-tágabb környezetét. A statisztikai szempontú lehatárolás - rugalmatlansága miatt- másrészt gátja lehet a gazdasági, társadalmi folyamatok által indukált határkorrekcióknak is, nehezítve ezáltal, társadalom és közigazgatás optimális illeszkedésének a megvalósítását.

További kérdés a lehatárolás összefüggésein belül a spillover hatások kezelése problémája. Ebben a vonatkozásban a tervezet abból indul ki, hogy a kistérség önálló gazdálkodási jogosítvánnyal rendelkező szint lesz, s saját költségvetéssel és vagyongazdálkodási jogosítvánnyal fog rendelkezni. A források három körből tevődnek össze: koordinált saját bevételek, normatív állami támogatások és pályázati úton elnyerhető támogatások.

A koordinált források vonatkozásában meghatározó szerepe van a működtetésben szerepet vállaló önkormányzatok átengedett eszközeinek és a vállalkozások önkéntes befizetéseinek. Nem lehet figyelmen kívül hagyni, azonban azt a tényt, hogy minden hozzájárulás – akár önkéntes akár kötelező – valahol hiányként, elvonásként jelentkezik, s csökkenti azt pénzügyi bázist, amely a saját intézményrendszer működőképességének nemcsak feltétele, hanem garanciája is. Kérdés tehát, hogy a települések hozzájárulásai-az eltérő adottságok, pénzügyi erő stb. függvényében-milyen következményekkel járnak a saját intézmények működőképessége vonatkozásában.

Mivel a kistérség kvázi igazgatási szint, így nincs önálló adóztatási joga sem. Ugyanakkor valószínűleg egy ilyen jogosítvány biztosítása sem erősítené a

¹² A rendszerváltást követően felgyorsult a várossá nyilvánítás folyamata. Körülbelül 1990 volt az az időpont, amikor megfelelt egymásnak a városi rangú és szerepkörű települések köre (160 város)- Mára több mint 250 a városok száma, ugyanakkor gond a városhálózat egyenetlensége, mivel mind nagyobb csoportot képeznek azok a városok, amelyek nem, vagy alig rendelkeznek városi funkciókkal.

finanszírozás hátterét, mivel a társulásokban résztvevő kistélepülések is – az esetek többségében – önálló helyi ipar, vállalkozás, foglalkoztatás stb. hiánya miatt – erősen korlátozottak, *behatároltak*. Marad tehát az ún. kistérségi fejlesztési normatíva, mint alapvető forrás, más összetevők mellett. Ez utóbbiak vonatkozásában viszont sok a bizonytalanság. A pályázati eljárások révén megszerzhető pénzek csak akkor tekinthetők érdemi lehetőségnek, ha kiépül a sikeres pályázatok megvalósításához szükséges infrastruktúra, továbbá az állami támogatásoktól és forrásoktól függő egyoldalú, passzív attitűd helyett a fejlesztési források aktív, kiforrott technikákon alapuló keresése, kultúrája válik meghatározóvá. Ennek a szakmai, szemléletbeli, pénzügyi stb. háttere pillanatnyilag még kialakulatlan.

A települési kapuk *képletes kinyitása* elvezethet a kistérségi identitás kialakulásához. Kérdés azonban hogy a kistérségi szemlélet, kultúra, hagyomány megeremtésében kulcsszerepet játszó intézmények és képviselők (polgármesterek, társulási intézményekben dolgozók) mennyiben tudnak eleget tenni mintaadó szerepüknek. A kíváncsú eredmény csak hosszabb *tanulási folyamat* révén jöhet létre, kellő alapul szolgálva olyan részvételi formák számára, amelyek ma még az alapszint működésében is csak vagy formális szerepet töltenek be, vagy teljesen hiányoznak. A bevezetőben már utaltunk rá, s itt csak megerősítjük azt a tapasztalatot, hogy míg a formális struktúrák viszonylag gyorsan létrehozhatók, addig az informális, kulturális elemek intézményesülésében, s megváltoztatásában az *időtényezőnek* sokkal meghatározóbb a szerepe. S ezt a látványos, gyors eredmények hívei nem szívesen veszik tudomásul, s többek között ezzel is magyarázható a különböző indíttatású közigazgatási reformok sikertelensége.

Az önkormányzatok mérete és a közszolgáltatások hatékonysága

A közszolgáltatások reformjáról szóló határozat a településszerkezeti adottságokból s a helyi önkormányzatok sajátosságaiból kiindulva fontosnak tartja az általánosnak tekinthető kis mérethez kapcsolódó hátrányok leküzdését és egy olyan szisztéma alapjainak a lefektetését, amely az alapértékek megőrzése mellett a hatékonyság követelményét is kielégíti. Azaz, a jogszabály összefüggést lát a méret és a hatékonyság között. Vizsgáljuk meg ezt a kérdéskört nemzetközi viszonylatban.

Az elképzelés, hogy az önkormányzatok mérete szoros kapcsolatban van a szolgáltatási hatékonysággal jelentős mértékben befolyásolta azokat a *területi reformokat*, amelyek az önkormányzatok számának drámai csökkenését eredményezték az európai országokban.

Az irányzat abból a gazdasági teóriából indul ki, amely különböző hatékonysági kritériumokat alkalmazva megkísérli meghatározni az önkormányzatok

optimális méretét, amikor is a marginális költségek megegyeznek a marginális hasznokkal.

Gyakorlati szempontból az a feladat, hogy meghatározzuk az önkormányzatok költségeit és hasznait – akár összesített, akár szolgáltatás specifikus szempontból – jelentős kihívás. Bizonyos szolgáltatások eredményét ugyanis rendkívül nehéz mérni, és nem áll rendelkezésre objektív módszer a hasznok számbavételére sem, figyelemmel az externáliákra és más járulékos következményekre. Ha az előbbi módszertani problémákat sikerül is megoldani, akkor még mindig felmerülhet az egyoldalúság vádja, mivel az egyéni háztartások nézőpontja más, mint az egyes szervezeteké, akik eltérő költség- haszon kombinációkban gondolkodnak.

Korántsem véletlen tehát, hogy gyakorlati kutatások egyszerűsített megközelítést alkalmaznak: mérik a közvetlen költségeket, és feltételezik azt, hogy a szolgáltatási színvonal változatlan (átlagos szolgáltatási szint).

Belgiumban 1986-ban 253 település működésének költségtakarékossági szempontú elemzése¹³ a szolgáltatásokhoz kapcsolható mutatókat (népességszám, a városi utak hossza, a 65 év felettiek aránya, a jövedelemfüggő szociális támogatásban részesítettek száma, bűncselekmények száma stb.) vonta be a vizsgálatba. A költséghatékonyság nem volt összefüggésben a mérettel, kivéve a nagyobb településeket (ezek költségvetése 1 milliárd belga frank felett volt), amelyek kivétel nélkül költségtakarékosnak bizonyultak.

Dániában a kilencvenes évek elején végzett felmérés¹⁴ a városi önkormányzatok igazgatási szolgáltatásainak a hatékonyságát vizsgálva arra a következtetésre jutott, hogy a hatékonyság azokban a városokban, ahol a lakosok száma kevesebb, mint 15. 000 fő, magasabb, mint 30.000 és 50.000 ezer közötti népességgel bíró településeken. 50.000 fő felett az igazgatási hatékonyság ismét olyan magas volt, mint a 15.000-nél kevesebb lakossal rendelkező településeken. Megállapítást nyert az is, hogy végső soron a méret csak kis mértékben függ össze az igazgatási hatékonysággal.

A finnországi tapasztalatok¹⁵ szerint a méret önmagában kevésbé befolyásolja a szolgáltatási költségeket. A szolgáltatás szervezeti formáinak nagyobb a befolyásoló szerepe, s az optimális méret szolgáltatásról szolgáltatásra változik.

Az olasz önkormányzatok körében végzett hatékonysági vizsgálatok¹⁶ különbséget tettek azon szolgáltatások között, amelyek esetében a megvalósítási költségek szorosan kapcsolódnak a népességszámhoz (általános igazgatás, gyermekgondozás, kulturális és sportszolgáltatások) valamint azon szolgáltatá-

¹³ *Colloquium on the size of municipalities, efficiency and citizen participation*. Council of Europe 1994. Summary report on the situation in member states. 14. p.

¹⁴ Uo. 14. p.

¹⁵ Uo. 15. p.

¹⁶ Uo. 16. p.

sok között, amelyeknél a költségek más tényezőkhez (szemétszállítás-utak hossza, csatorna-vezetékek hossza, elemi iskola-tanulók száma) igazodtak.

A szolgáltatások egésze egy általános változó dimenzió (pl. népességszám) mentén azt mutatta, hogy szignifikáns megfelelés van az egyes népességszám-csoportokon belül az egy főre jutó költségek és a népességszám között. A kis települések igen magas egy főre jutó költsége csökken, ha a népességszám közelít az 5.000 főhöz, majd újra emelkedik, ha a lakosságszám meghaladja ezt az értéket. Az egyéni szolgáltatások körében tehát egy U alakú mintával volt illusztrálható a költségek alakulása.

Az 1980-as évek második felében végzett holland vizsgálatok¹⁷ a kistépülések igazgatási kapacitását kívánták felmérni az alábbi kérdésekre adott válaszok révén:

– Milyen hatékonyan, illetőleg hatásosan valósítja meg a település a szolgáltatásait?

– A helyi igények milyen mértékben teljesülnek, figyelemmel az önkormányzatok demokratikus jellegére?

Az igazgatási képességet meghatározó tényezőket külső és belső kategóriákra osztották. A külső változók az alábbiak voltak:

- a település mérete,
- az urbanizáció foka,
- helyi politikai kultúra,
- az épületek sűrűsége stb.

Belső változóként vették figyelembe:

- a szakértelem szintjét,
- a pénzügyi helyzetet,
- belső szervezeti konfigurációt (strukturális differenciák, együttműködés más önkormányzatokkal, kisserződés formái stb.)

A kutatási mintába tíz 4.000–5.000 lakosú, tíz 14.000–16.000 lakosú, és tíz 30.000–35.000 lakosú település került. Hat szolgáltatási területet vizsgáltak: lakásgazdálkodás, társadalombiztosítás, sport és rekreáció, közmunkák, tervezés, és közrend és közbiztonság.

A végső konklúzió azt mutatta, hogy az igazgatási képességet nem csak a méret befolyásolta, hanem *más tényezők* is, így pl. település jellege, a belső szervezeti formák stb. Bizonyos szolgáltatásoknál, mint pl. közrend, közbiztonság, társadalombiztosítás, a méret szerepe jelentős volt, míg más esetekben, pl. közmunkák, kevésbé.

Egy másik holland kutatás¹⁸ 32 önkormányzat mérete és teljesítőképessége viszonyát mérte fel, A mintába kerülő települések lakosainak a száma változó

¹⁷ Uo. 18. p.

¹⁸ Colloqu. on the size 18. p., továbbá HENK W. WESTERVELD: *The minimum viable size*. Council of Europe 1994.

volt, általában 2.000-től 15.000 főig terjedt. Középpontban az emberi erőforrás menedzsment kérdése állt, négy szakterületre vetítve:

- pénzügyek
- szociális ügyek
- lakásgazdálkodás, tervezés, környezetvédelem,
- épület és lakásinspekció

A vizsgálat arra volt kíváncsi, hogy a fenti területeken mennyiben sikerült megfelelő szakemberek toborozni és megtartani az egyes településeken. A végeredmény szerint a szakemberek száma, a betöltött posztok szintje, valamint az utánpótlás minősége összefüggésben volt a település méretével. Ugyanakkor mind a négy területen eltérő sajátosságokat lehetett felismerni. A lakosságszám alapján nem volt nem meghúzható olyan határvonal, amely felett minden kritérium következetesen teljesült, illetőleg amely alatt, valamely mutató ne teljesült volna. Minden területen azonban van egy széles tartomány, amelyen belül a települések konzisztensen sikeresek voltak, míg ez alatt minden település értékei alacsonyok maradtak. Egyetlen egy 7.000-nél kevesebb lakossal bíró település sem elégtette ki az összes kritériumot a vizsgált területeken, míg a 7.400–11.600-as kategóriában a nyolcból három sikeresen minden kritériumnak megfelelt, 11.600 lakos felett már négyre emelkedett a kritériumokat valamennyi területen abszolválók települések száma.

Norvégiában¹⁹ több vizsgálatot is végeztek a méret és a költségtakarékosság kapcsolatára vonatkozóan. A végső következtetés az volt, hogy az 5.000-nél több lakossal bíró településeknek jobbak az esélyei arra, hogy kihasználják a méretgazdaságosság adta lehetőségeket főként az igazgatásban, az elemi oktatás, egészségügyi intézmények és a technikai szolgáltatások területén.

Annak ellenére, hogy nincsenek egyértelmű és ellentmondás mentes bizonyítékok a nagyobb méret előnyeit illetően a hatékonyság tekintetében, pl. sem Finnország, sem pedig Svájc nem jelzett intézkedéseket a helyzet korrekcióját illetően. Sőt Dánia, ahol a településeknek 90 %-a több mint 5.000 lakossal rendelkezik, azt hangoztatta, hogy az emberek szerint az önkormányzatok túl kicsik ahhoz, hogy átfogó faladataikat megoldják.

Összefoglalva, megállapítható, hogy míg egyes szolgáltatások költségtakarékossága összefügg a *mérettel*, addig más szolgáltatások esetében más *változóknak* (pl. népsűrűség, korstruktúra) van nagyobb relevanciája. A szervezeti formáknak, a szolgáltatás technológiájának szintén meghatározó jelentősége van a hatékonyság tekintetében. S mivel ezek az elemek *folyamatosan változnak* az optimális önkormányzati mértet keresése kapcsán, nem juthatunk hosszú távon érvényes eredményhez. Az egyes országok gyakorlatának az áttekintése azt mutatta, hogyha még az adott országban, egy meghatározott szolgáltatás vonatkozásában a leghatékonyabb önkormányzati méret megállapítása sikerült

¹⁹ Colloqu. on the size ... 20.p.

is, a többcélú, optimális önkormányzati méret meghatározásához kapcsolódó súlyozási és aggregációs problémákon túl, a végső definíció elérhetetlen, mivel minden szolgáltatás esetében jelen vannak *politikai és kulturális* választások is.

A minimális működőképes méret és az önkormányzatok eredményessége

A működőképes méret keresése azzal a ténnyel függ össze, hogy a kis települések önmaguk nem képesek erőforrásaikat hatékonyan felhasználni, színvonalas, komplex szolgáltatásokat biztosítani. A méret ugyanis hozzákapcsolódik egy *küszöbértékhez*, amelyet elérve lehetséges a gazdaságos szolgáltatás. Ugyanakkor az is nyilvánvaló, hogy ez a küszöbérték szolgáltatásról szolgáltatásra változik, így minden szolgáltatás esetében a működőképes méret meghatározása ugyanazokat a problémákat veti fel, amelyek a legkevésbé költséges és leghatékonyabb méret viszonylatában már korábban ismertetésre kerültek, hacsak azt nem feltételezzük, hogy a legnagyobb szolgáltatás specifikus minimális mérete meghatározza a teljes küszöböt.

A működőképesség küszöb értékének a meghatározása a legutóbbi időkig nem szerepelt a helyi önkormányzati politizálás napirendjén közép kelet Európában sem, mivel a figyelem középpontjában szinte kizárólagosan a demokratikus alapok megeremtése állt. Később, a rendszeralapok megszilárdulása után viszont szinte minden országban a működőképesség színvonalának a javítása kapcsán szükségszerűen előkerült a kérdés,²⁰ hol önállóan, hol pedig a szervezeti változásokhoz kapcsolódóan, mivel a tervezett strukturális reformok megvalósítása során már az egyik legfontosabb szemponttá vált. A közép kelet európai országok mérethez kapcsolódó hatékonyságnövelő megoldásai²¹ szükségszerűen különbözőek voltak, s magukon viselték a nemzeti sajátosságok hatását.

Más államokban, ha nem is kifejezett módon, de közvetetten, az egyes szolgáltatások technikai standardjának, vagy követelményeinek a meghatározása során, kísérletet tettek a minimális méret megállapítására. Így például Dániában és Belgiumban²² a kórházi szolgáltatások technikai követelményeit, míg Finnországban²³ szintén a kórházi szolgáltatások, valamint a hátrányos helyzetűek számára nyújtott ellátások technikai standardjait körvonalazták.

Az önkormányzati reformok kapcsán Dániában, a hetvenes években²⁴ feltételezték, hogy hatékony alapoktatás megvalósítása esetén a minimális népességszám 5.000 fő.

²⁰ A magyar helyzetre vonatkozóan lásd VEREBÉLYI IMRE: Kis vagy nagy méretű önkormányzat c. tanulmányát. *Magyar közigazgatás* 1993. évi 4. szám

²¹ *Consolidation or Fragmentation? The size of Local governments in Central and Eastern Europe*. Edited by Pawl Swianiewicz LGI Books 2002.

²² *Colloqu. on the size...* 22.p.

²³ Uo.

²⁴ Uo.

Németországban,²⁵ azokban a tartományokban, ahol önkormányzati reformokra került sor munkacsoportok kutatták az adekvát és eredményes önkormányzati működés sajátos, adott tartományi viszonyokhoz igazodó feltételeit. A működőképesség általános indikátora a lakosságszám volt. Erre figyelemmel az ún. unitárius önkormányzat minimális lakosságszáma 2.000 fő, míg a felsőbb önkormányzat igazgatási területén belül levő településnél 1.000 fő szükséges minimálisan ahhoz, hogy a hatékonyság érvényesüljön. Saarland tartományban, a falusi övezetekben legalább 8.000 fő, míg a városi agglomeráció esetében 15.000-es népességszám az alsó limit. Az új tartományokban, pl. Brandenburgban a középszintű önkormányzat (Amter) kialakítása során minimálisan 5.000 fővel számoltak.

Az olaszországi vizsgálatok²⁶ kiemelték, hogy az 5.000 fő alatti kistelepüléseken még az alapszolgáltatások (egészségügyi alapellátás, oktatás) is korlátozottak, és a lakosok gyakran a nagyobb települések intézményeit látogatják. A teljes szolgáltatási paletta csak a 20.000 lakossal bíró, vagy ennél nagyobb városokban volt elérhető. Míg a kulturális, sport, jóléti gazdaságfejlesztési programokat igénybevevők köre látványosan növekedett az évek során, addig ezek a lehetőségek a 3.000-nél kevesebb lakossal bíró településeken csak minimális szinten érhetők el.

Hollandiában²⁷ általános érvényességgel vetődött fel, hogy a 6–7.000-nél kevesebb lakossal rendelkező települések nem rendelkeznek elegendő kapacitással, még önálló létezésük is vitatható. Megfogalmazódott az a tétel is-a központi szervek részéről-hogy az önkormányzatok működőképességét *gyakorlati és funkcionális* szempontok alapján kell megítélni, annak alapján, hogy jelenlegi és jövőbeli feladataikat mennyire képesek ellátni. Egy esetleges szétválás nemcsak a politikai, szakmai struktúrát érinti, hanem a lakosokat is. Új település létesítése esetén legalább 8.000 lakost követeltek meg.

A norvég kutatások²⁸ szintén megerősítették azt a más államokban is kimutatott tételt, mely szerint az 5.000-nél több lakossal bíró helyhatóságok jobban ki tudják használni a méretgazdaságosság előnyeit. Ez vonatkozik az igazgatási szolgáltatásokra, az elemi iskolára, egészségügyi ellátásra és a technikai szolgáltatásokra. Hasonló volt a svéd vizsgálatok eredménye is, amely a működőképességet – iskolai, egészségügyi, jóléti ellátásokból kiindulva – minimum 8.000 lakoshoz kötötte.

Érdekes mozaikot jelent a vizsgálat országok között az Egyesült Királyság,²⁹ ahol nemcsak a legmagasabb az egyes önkormányzatokhoz tartozó átlagos népességszám, de a rendszer sajátosságaiból fakadóan a legtöbb szolgáltatást-, a

²⁵ Uo. 23. p.

²⁶ Uo.

²⁷ Uo.

²⁸ Uo.

²⁹ Uo. 24. p.

közlekedést, a tűzoltást és a polgári védelmet és a rendőrséget kivéve az alapszinten működő önkormányzatok biztosítják. A második szint, a megye vagy régió az oktatás és stratégiai tervezés területén lát el feladatokat, illetőleg gazdasági segítséget nyújt a helyi programokhoz.

Az a feltevés, hogy a nagyméretű szervezetek eredményesebbek, s ez miatt széles körben elterjedtek mind a fejletlen, mind, pedig a fejlett államok köz, a magán és a non profit szektorában, a mai napig tartja magát. Ugyanakkor az állítólagos kapcsolatot a méret a struktúra és a hatékonyság között empirikus vizsgálatok csak kevésbé igazolták.

A népességszám meghatározó szerepén túlmenően érdemes *további faktoroknak* a hatékonysággal való kapcsolatát megvizsgálni.

Egy nemzetközi felmérés,³⁰ miután nevesített több a hatékonysággal összefüggő tényezőt, arra hívta fel az egyes országokat, hogy állítsanak fel *fontossági sorrendet* ezek hatása tekintetében az alábbi szolgáltatáscsoportok esetében: óvoda és elemi iskola, szemétszállítás és kezelés, várostervezés és lakásgazdálkodás.

A skandináv államok (Norvégia, Izland, Dánia) a szolgáltatások specifikumaira hivatkozva nem tartották lehetségesnek a befolyásoló tényezők hatékonysági sorrendjét megállapítani.

Hét további ország azonban meghatározta azokat a faktorokat amelyek – megítélésük szerint ha változó intenzitással is, de valamilyen mértékben befolyásolják a szolgáltatási hatékonyságot.

A *pénzügyi erőforrások* döntő szerepét említették első helyen, kiemelve azt, hogy ezek elégtelensége kompromisszumokat épít be a megvalósításba, mivel a kevésbé költséges megoldás egyben a színvonal kívánatostól való elmaradását is eredményezi.

Másodszorban, a többség kiemelte azt is, hogy a *kiadások* magas szintje negatívan hat a szolgáltatásokra. Egyrészt, ha a teljes pénzügyi bázis nem megfelelő, akkor az önkormányzatok hajlamosak csökkenteni beruházási kiadásait, aminek nyilvánvaló negatív hatása van a közép és hosszú távú produktivitásra. Másrészt, a megvalósított feladatok, szolgáltatások jelentős része munkaigényes (szociális szolgáltatások, igazgatási feladatok stb.) és a személyi kiadások redukálása maga után vonja a szolgáltatási minőség romlását.

Harmadszor, szorosan kapcsolódva az előbbi faktorhoz, befolyásoló tényező a magas *infrastrukturális* kiadás is. Nyilvánvaló, hogy a növekvő technikai standardok több szolgáltatás esetén (szemétszállítás, csatorna-kezelés, ivóvíz biztosítása stb.) igénylik a fejlettek technikai hátteret és ez hatékonysági problémákat okozhat, mivel a várható hasznok felmérése szorosan kapcsolódik a szolgáltatási standardhoz.

Negyedszer, a személyzet *kvalifikációja*, mint meghatározó tényező, több olyan ország jelentésében szerepelt, ahol vagy kis méretűek az önkormányzatok

³⁰ Uo.

(Belgium, Görögország, Spanyolország) vagy ahol az önkormányzatiság intézményrendszere fejletlen. (Közép és kelet európai országok) A piaci, vagy központi szerveknél elérhető magasabb anyagi juttatások, valamint jobb munkafeltételek nehezítik a felkészült szakemberek alkalmazását és megtartását.

Az egyes önkormányzati szintek bizonytalan vagy ellentmondásos *hatáskörei* negatívan befolyásolják a működést. Ez a tényező különösen érzékelhető azokban az államokban, ahol a föderális vagy regionális struktúra átalakítása van napirenden, maga után vonva a hatáskörök telepítésének a problémáját. Az inadekvát törvényhozás jelentős mértékben felelős a problémákért (Lengyelország, Bulgária). Németországban, az új tartományokban, illetőleg más átalakulóban levő országokban a jogi szabályozás gyakori módosítása, valamint a tapasztalatok hiánya kedvezőtlenül hat.

Szervezeti, *menedzsment* jellegű faktorok³¹ is említésre kerültek. Így pl. Portugália a bürokratikus szervezeti hátteret, míg Németország a korporatív tervezést, Olaszország pedig, a szektorális politikák összehangolásának a hiányát jelölte meg a hatékonyságot negatívan befolyásoló tényezőként.

A *földrajzi sajátosságok* is befolyásolják egyes országok esetében (Finnország, Norvégia) a hatékonyságot. Az alacsony népsűrűségű területeken a szolgáltatások megvalósítása járulékos költségekkel jár, éppúgy, mint a szigeten vagy félszigeten élők ellátásai.

Hollandia és Izland³² mutatott rá a *szociális* faktorok szerepére azzal, hogy kiemelte az átlagéletkor emelkedéséből, illetőleg a bevándorlásból származó, s a szolgáltatásokra ható következményeket.

A *politikai és intézményi környezet* általában is hat a szolgáltatási minőségre. A gazdasági és társadalmi struktúraváltás hosszú ideig lenyomatot hagy az önkormányzati működésben (Lengyelország, Bulgária, Németország), illetőleg a politikai célok és prioritások konzultáció nélküli, egyoldalú változásai (pl. Belgium) is általában kedvezőtlenek.

Végül a választók önkormányzatról alkotott képe, a választott tisztségek iránti érdeklődés, a közösségi döntések elfogadottsága szinten befolyásoló tényező. Azaz, a *részvétel* nagyon szoros kapcsolatban van hatékonysággal.

A minimális működőképes méret kérdése

A méretgazdaságosság kérdése gyakran csak a *pénzügyi hatékonyság* szempontjából kerül elemzésre, azzal az érveléssel, hogy egy meghatározott méret alatt az önkormányzat képtelen funkcióit megvalósítani, illetőleg ha képes is rá, az csak az erőforrások elfogadhatatlan kimerítésével lehetséges. A méret tehát lényeges lehet a modern önkormányzat számára, mivel ennek alapján lehet azt

³¹ Uo. 27. p.

³² Uo.

biztosítani, hogy a pénzügyi alapok elegendőek legyenek a szolgáltatások teljes körű megvalósításához, kielégítvén ezzel a modern életszínvonalat.

Szükséges hangsúlyozni, hogy a méretgazdaságosság kritériuma a vállalatok neoklasszikus gazdasági elméletéből ered, s ténylegesen inkább egy *logikai axiómán* alapul, mintsem megfigyelt tényeken. Más szavakkal, a teória logikus következménye annak a feltevésnek, hogy ha egy tőkeegység kihasználása a lehetséges határokig megvalósul a termelés során, akkor az átlagos egységre jutó költség addig fog csökkenni, amíg el nem éri ezt a limitet. A központi eleme a feltevésnek a gyártási folyamat végeredményének, végtermékének abszolút azonossága.

A méretgazdaságosság teóriájának az önkormányzati rendszerben való alkalmazása során az első nehézség a működés eredményéhez kapcsolódik. Számos esetben ugyanis itt az eredmény nem azonos, s ilyenkor a teória alkalmazhatatlan.³³ További probléma, hogy az eredmények mérhetősége érdekében szükséges kialakítani azok összehasonlításának lehetőségét, s ez az önkormányzati funkciók különbözősége miatt sokszor csak torzítással lehetséges. Végül, esetenként a működés eredménye nem, vagy nehezen definiálható illetőleg összehasonlítható. Mi például az eredménye az oktatási rendszernek, vagy a pszichiátriai tanácsadó szolgáltatnak? Igaz, hogy bizonyos szolgáltatások esetében alkalmazható a méretgazdaságosság elmélete, mint például az útfenntartásnál, vagy a csatornarendszer üzemeltetésénél. Sőt lehetséges azonos, mérhető eredményre jutni, például, a személyszállítás és kezelés funkciójánál is. De a *jellemző* önkormányzati feladatok megvalósítása általában *nem hasonlítható* a termelési eljárás folyamatához és eredményéhez.

A gyakorlati tapasztalatok arra utalnak, hogy minden egyes domináns, jellemző szolgáltatásnak megvan a maga *sajátos* optimális mérete. Az a méret, ami esetleg döntő lehet a lakásgazdálkodás területén, gazdaságtalannak bizonyulhat a gyermekjóléti feladatoknál, vagy akár a közvilágítás szervezeti háttereként. Azaz, az önkormányzat lényege, meghatározó eleme, hogy *általános* helyi kormányzat, számtalan feladat megvalósítója, így nem lehetséges optimális méretet mintaként előírni a számára. Ha ezt előírnák, akkor szükségszerűen kompromisszumokat kellene érvényesíteni több meghatározó szolgáltatás szervezeti háttere között. Kérdés, hogy ekkor melyek volnának a főbb funkciók és vajon azok egyenlő súllyal rendelkeznének-e? Erre a kritikus pontra nincs kielégítő válasza a méretgazdaságosság teóriájának.

A fentiek azonban nem jelentik azt, hogy a méretgazdaságosság követelményének ne lennének *megszívlelendő* aspektusai az önkormányzatok számára. Számos nyugat európai ország felismervén azt, hogy az önkormányzatok gyakran középkorba visszanyúló struktúrája az ipari, modern társadalmakban már nem képes a feladatok jelentős részét megvalósítani, a méret növelését elkerül-

³³ Nyilvánvaló ugyanis, hogy az output (eredmény) abszolút azonossága, sine qua non követelmény.

hetetlennek tartotta. Addig, míg az önkormányzatok mind földrajzilag, mind, pedig funkcionálisan megfeleltek a modern élet követelményeinek a pontos méret meghatározása nem volt meghatározó szempont. Azonban éppen a szükségletek hívták fel a minimális méret jelentőségére a figyelmet. Arra, hogy egy küszöbérték alatt a szolgáltatások egy bizonyos köre nem megvalósítható. A küszöbérték megállapítása talán a *legértékesebb hozzájárulás* az önkormányzati átszervezések szempontjából. Szintén fontos szerepe van az egyes hatáskörök elosztása során, főként ott, ahol két, egyenrangú szint, megye és település, létezik. A döntő pont, azonban amit nem lehet eléggé hangsúlyozni, hogy a méretgazdaságosság követelménye nem valósul meg olyan következetességgel a szolgáltatások egy széles körénél, mint ahogy az kellene.

Azt megállapítani, hogy a méretgazdaságosság elmélete fontos szerepet játszik-e a felső küszöbérték meghatározásában nem könnyű, mivel a modern települési minták a nagyvárosi agglomerációkat hívtak életre a nyugati nagyvárosokban. Az ilyen agglomerációkban, jó ok van arra – függetlenül a méretgazdaságosságtól –, hogy néhány nagykiterjedésű funkció megvalósítása együtt járjon az externáliák elfogadásával az agglomeráció gazdasági, társadalmi egysége miatt. Ezzel is magyarázható, hogy az európai agglomerációkban rendszerint szükségesnek tartják olyan szubmunicipális egységek kialakítást, melyek révén a méret negatív hatásai részvételi formákkal csökkenthetők.

Ha egy pillantást vetünk az európai államokra, szembesülünk azzal a hatalmas *változatossággal*, ami az önkormányzati rendszereket a méret szempontjából jellemzi. E mellett, ha figyelembe vesszük a történelmi hátteret, s a hatáskörök elosztásának variációit központ és helyi szint között, úgy tűnik a méretgazdaságosság elmélete nem hagyott sok nyomot az önkormányzati rendszereken. Az önkormányzatok Európa szerte *relatívén kicsik* maradtak. A figyelemre máltó változatosság a népességszám tekintetében arra utal, hogy a méretgazdaságosság fontossága ellenére a *funkcionális képesség* nem volt az elsődleges megfontolás a helyi önkormányzás tervezésében. Különösen így van ez a napóleoni, német osztrák mintákat követő országok (Franciaország, Olaszország, Görögország, Belgium) de más államok esetében is. A helyi önkormányzatoknak kétség kívül megvan a maga *funkcionális logikája* a modern államban, de függetlenül attól, hogy a szolgáltatások megvalósításában játszott meghatározó szerepük vitathatatlan, ez utóbbi megfontolás bizonyos mértékig mindig csak másodlagos volt velük kapcsolatban. Más szavakkal, el kell ismerni, hogy az önkormányzat elsődleges a múltban is, és jelenben is, *politikai entitás* volt és marad.

A társulás, mint kooperációs forma

A nyolcvanas években, nyugat Európában az együttműködési formák elszaporodása volt megfigyelhető. A társulási formák célja a kis méretből fakadó hátrányok meghaladása volt, mivel a társuló települések egyedül nem voltak képe-

sek feladataikat megvalósítani. Az erőforrások koncentrációja tehát egy technikai lehetőség a reformok szempontjából.

Általában a kisebb települések társulási hajlandósága nagyobb, mint városoké, ugyanakkor a költségvetési megszorítások ez utóbbiakat is arra készítetik, hogy szolgáltatásaik egy részét összefogás révén biztosítsák. Fontos a szolgáltatás jellege, mivel minden funkció esetében más és más az a népességszám, illetőleg földrajzi terület, mely tekintetében a hatékonyság kritériumai megvalósulhatnak.

Érdekes módon az elérhető nemzetközi vizsgálatok³⁴ nem igazolták azt a kézenfekvő feltevést, hogy minél kisebb a település annál nagyobb a társulási hajlandósága. A méret tehát nem kizárólagos meghatározója a településközi kooperációnak, csak *egyike* azon faktoroknak, amelyek befolyással bírnak. Ezt igazolja, pl. Spanyolország esete, ahol a minden kategóriában – függetlenül a mérettől – a településeknek közel a fele részt vett valamilyen társulásban.

Ausztriában³⁵ az önkormányzatok számára lehetőség többcélú társulások létrehozása, s egyszerre több ilyen társulásnak is a tagjai lehetnek.

Belgiumban az önkormányzatok különböző típusú közös testületeket (korlátolt felelősségű társulás, non profit szervezetek, szövetkezetek) hozhatnak létre a köz és a magánjog szabályai alapján. Minden esetben az önkormányzati képviselőknek többséggel kell rendelkezniük a képviselői testületekben, amelyek megválasztják a végrehajtó és ellenőrző szerveket. A települések közötti együttműködés lehet egy vagy többcélú. Jogosítványai széles körűek, mivel kölcsönt vehet fel vagy akár kisajátítást is kezdeményezhet közérdekből.

A Cseh Köztársaságban³⁶ az állami adminisztratív feladatok kivételével létrehozhatók közös testületek.

Dániában³⁷ a helyi feladatok megvalósítása céljából létrehozott megállapodások a központi szervek jóváhagyásával érvényesek. Ha feláll a közös intézmény, akkor az felelős a költségvetési források racionális felhasználásáért. Mind a közjog, mind pedig, a magánjog talaján igen gyakoriak és változatos formákban léteznek a kooperációs formák. Speciális feltételek esetén egyes szolgáltatások (tömegközlekedés, szemétszállítás) megvalósítása kötelező társulással valósul meg.

Finnországban³⁸ gyakorlatilag minden önkormányzat részt vesz valamilyen társulásban, a kisebb helyhatóságok ugyanis szolgáltatásaik nagyobb részét ezek közreműködésével valósítják meg. A tipikus együttműködési területek az egészségügy, szakmai képzés, szociális szolgáltatások.

³⁴ Colloqu. on the size...42. p.

³⁵ Uo.

³⁶ Uo. 43. p.

³⁷ Uo.

³⁸ Uo.

Az együttműködés legkifinomultabb formáival lehet találkozni Franciaországban,³⁹ ahol az alapjellemzőkből fakadóan (36.621 kommuna, 100 kerület és 26 régió) elkerülhetetlen volt a legkülönbözőbb társulási formák széles körű alkalmazása. A társulás létrejöhet azonos vagy különböző szintek között. A társulások közjogi testületek, jogi személyiséggel, független pénzügyi háttérrel. A prefektus felügyeli működésüket. Egyes esetekben a társult városi önkormányzatoknak kötelező feladataik vannak. Így például a városi közösségek kompetenciája a tömegközlekedés fenntartása működtetése, tűzoltó szolgáltatás, temetők, piacok fenntartása, utak, parkok karbantartása stb. Jellemző mutató, hogy az előbbi formán kívül több mint 18.000, egy vagy többcélú egyéb kooperáció is létezik, ami nem kis mértékben az ösztönző jellegű jogi szabályozás következménye.

A német⁴⁰ törvényhozás is több formát biztosít az önkormányzatok számára az együttműködésből származó előnyök kihasználása céljából. Lehetőség van köztisztviselők létrehozására, vagy akár helyi munkacsoportok felállítására, ahol a partnerek (önkormányzatok és a más közreműködők) összehangolják feladataikat, anélkül hogy feladnák hatásköreiket. A közjog keretein belül létrejövő megállapodások során az egyik fél átruhazza jogosítványait a másik résztvevőre, aki megvalósítja a feladatot. Számos más formája létezik a társulásnak, a helyi sajátosságok és a tartományi törvényhozás függvényében.

A görög önkormányzatok⁴¹ is szembeesülve a napi feladatok megvalósításánál a kis méret hátrányaival, kihasználván a kooperációt ösztönző állami szubvenciót három intézményi formát alakíthatnak: közmunkák és közüzemek társulásai, fejlesztési tervek és azok megvalósítására létrejövő társulások, valamint közös szolgáltatásokat nyújtó kooperációk önálló munkaszervezettel. Mindhárom variációnál az önkormányzatok megtartják jogalanyiségüket, jöllehet a társulásoknak közös szerveik vannak, amelyek a helyi önkormányzatok választottjai. Főszabály a társulások önkéntességének az elve.

Olaszországban⁴² közel 650 társulás működik, amelyek jogilag önálló gazdái egyes szolgáltatásoknak. A társulás lehet kötelező, továbbá kezdeményezhetik a régiók is. A kis önkormányzatok szövetséget alakíthatnak, ami az összevonás felé vezető első lépés lehet. Ha ez 10 éves szövetség után nem valósul meg, a szövetséget felosztatják.

Hollandiában⁴³ az önkormányzatok számára lehetőség a kooperáció, feltéve, ha ez nem a közfeladatok megvalósításának a megkerülését szolgálja. Az együttműködés elvileg az önkéntességen nyugszik, de a provincia által meghatározott földrajzi területekre korlátozódik. Néhány kikötői önkormányzat és a

³⁹ GERARD MARCOU: *Intermunicipal co-operation as a means to improve the efficiency of local authorities*. Council of Europe 1994.

⁴⁰ *Colloqu. on the size...* 44. p.

⁴¹ Uo.

⁴² Uo.

⁴³ Uo.

nagyobb ipari zónák esetében a parlament aktusa írja elő a társulást. A társulások rendszerint többcélúak, számuk 1990-ben 754 volt. Az 1985-ben elfogadott jogszabály⁴⁴ három modellt nevesít: a köztestületet, a közös ügynökséget, valamint azt a formát, ahol egy önkormányzat gyakorolja a hatáskört a többi nevében. Jóllehet az önkormányzatok létrehozzák a képviselői szerveket és ellenőrzik is azokat, az autonómia elvesztése valamint a pénzügyi folyamatok átláthatóságának a hiánya miatt, több kritika is megfogalmazódott a társulásokkal kapcsolatosan.

Lengyelországban⁴⁵ a kilencvenes évek közepén 83 településközi társulás működött. A megfelelő pénzügyi szabályozás hiánya miatt azonban az eszközök elégtelenek voltak a kitűzött célok hatékony megvalósításához.

Spanyolországban⁴⁶ három nevesített formája ismeretes a kooperációnak: az egyszerű társulás, amely a települések önkéntes együttműködése közös feladatok megvalósítására, az Autonóm Községek által kötelezően felállított csoport az emberi erőforrások hatékony kihasználása céljából, illetve a kerületek, amelyeket szintén a Községek kötelező alapon létesítenek, s amelyek nem felelősek minimális vagy kötelező feladatok megvalósításáért. 1992-ben, az országban 707 település közötti együttműködésben 4500 önkormányzat vett részt, ami a lakosság felét érintette.

Svédországban⁴⁷ is az érdekek közössége alapján hozhatók létre társulások a közjog keretein belül, szerződéssel vagy együttműködési megállapodással. Közel 1500 korlátolt felelősségű társaság, illetőleg alapítvány is része a társulási rendszernek.

Anglia és Velsz területén⁴⁸ közös helyhatóságokat, bizottságokat továbbá egyesített önkormányzatokat lehet létrehozni a társulási kereteken belül. Ismeretesebbek a törvényen alapuló közös intézmények, mint rendőrség, tűzoltóság, tömegközlekedési társaságok a nagyobb városokban.

Összegezve a fentieket, megállapítható, hogy legtöbb országban jogszabály biztosítja a megfelelő háttérrel arra, hogy az önkormányzatok önkéntes alapon határozzanak egyes szolgáltatásaik közös formában történő megvalósításáról. Ritka a többcélú társulások kötelezővé tétele, de ennek a lehetősége adott.

A közös hatóságokon és testületeken túl a települések *szabadon egyesíthetik* erőforrásaikat és vállalkozhatnak egyes szolgáltatások közös megvalósítására megállapodások megkötése révén, anélkül hogy jogi személyiséggel bíró társaságokat létesítenének a köz vagy a magánjog szabályai alapján.

⁴⁴ Joint Regulations Act.

⁴⁵ *Colloqu. on the size...* 44. p.

⁴⁶ Uo. 45. p.

⁴⁷ Uo.

⁴⁸ Uo.

Legtöbb esetben a társulás *önkéntes*, de néhány országban a sajátos körülményekre vagy a feladatra tekintettel a *kötelező* társulás kerül előtérbe. (Dánia, Franciaország, Hollandia, Spanyolország, Egyesült Királyság)

A társulások felügyeletét vagy a résztvevő önkormányzatok képviselői látják el, vagy a területi (regionális, provinciális), illetőleg kivételesen a központi szervek.

A társulások révén biztosított szolgáltatások köre széles, a *leggyakoribbak* a környezetvédelmi, gazdasági, speciális oktatási, egészségügyi és kulturális feladatok.

A település közötti együttműködés számos esetben az egyedüli alternatíva a méretgazdaságosság követelmények a teljesüléséhez a szolgáltatások területén. Az autonómia, az önállóság keresése és kiteljesedése azonban *beleütközik* azokba a korlátokba, amelyek a képviselői szervek (testületek, tanácsok) növekvő befolyásából erednek. Az átláthatóság, a demokratikus ellenőrzés hiánya, továbbá a többségi szavazás *alááshatja* az ilyen típusú együttműködésben résztvevő önkormányzatok *diszkrecionális* jogait. A pénzügyi döntések és azok következményei a társulási tagok, és általában a választók számára egyre inkább homályossá válnak a társulások megsokszorozódásával.

Összegzés

A kistérségek intézményesítésére irányuló kormányzati törekvés—a létező szakmai ellentmondások ellenére-pozitív kezdeményezés. A közszolgáltatások hatékonyságának a javítása, a területi egyenlőtlenségek csökkentése, a szolgáltatási színvonal emelése eszközök és módszerek kombinált alkalmazását követeli meg, mivel összetett a probléma is, melynek megoldására szolgál.

A helyi szinten létező egységek, igazgatási formák változatossága, valamint az elkülönült ellenőrzési rendszerek növelik a döntések koordinációs költségeit, tovább korlátozzák a méretgazdaságosság megvalósítását. Az erősen fragmentált igazgatási rendszer erősíti a pénzügyi különbségeket azáltal, hogy a gazdasági és földrajzi területeket a bevételek és kiadások széttöredezett egységeire szabdalja. Az ilyen jellegű struktúra jelentős átfedésekhez és versengéshez vezethet a helyi forrásokért, s inkább bonyolítja, mintsem egyszerűsíti a felelősségi vonalakat.

A másik véglet, amikor többcélú igazgatási egység működik helyi szinten, valamennyi feladat megvalósításának a kötelezettségével. Ez koordinációs előnyöket jelent, a működési költségek csökkenését, és a nyilvánvalóbb munkamegosztást és felelősségi viszonyokat eredményez. Hátránya viszont, hogy viszonylag kevésbé képes a határok változásából fakadó igényekhez alkalmazkodni, hajlamos a szükségletek kisebb különbségeit figyelmen kívül hagyni, az uniformitást erősíti a helyi adózásban és az igazgatási terhek viselésében, füg-

getlenül a helyi szükségletektől és teherviselő képességtől, továbbá gyakran gazdaságtalanul nagyra és felelőtlené válik.

A helyi viszonyok sajátosságaihoz igazodó igazgatási formák, valamint a nagyobb méretű önkormányzatoknál jelentkező, nehezen összeegyeztethető gazdaságossági és részvételi szempontok elvezethetnek a *rugalmassághoz*, inkább a *fokozatosságot* érvényesítő megközelítésekhez, az a priori megoldások helyett. Azoknál a funkcióknál, ahol az állandóság, az elosztás és a gazdaságfejlesztés szempontjai a meghatározóak, ott a nemzeti hatáskör fenntartása mellett szólnak érvek. A gazdasági, technikai hatékonyság követelménye rendszerint a hatáskörök egy részének regionális szintre való telepítését kívánja meg. A lokális politikai viszonyok, a helyi sajátosságok figyelembevétele, az igények, szükségletek kielégítése, valamint a közösségi szellem visszaigazolása és erősítése mindig is kifejezetten helyi feladat volt.

ZOLTÁN JÓZSA

CONSOLIDATION OR FRAGMENTATION

(Summary)

This article – in the light of international experiences – try to examine the different aspects of the question of size and efficiency.

The beginning of 1990s was marked with territorial fragmentation of Hungarian public administration, a process, which might be seen as a reaction to the forced amalgamation of 70s.

It has been noted that small local governments can not provide important local services and they slow down the decentralisation process. It has been also mentioned that territorial fragmentation increases problems related to spillover.

Considerint the above mentioned difficulties the Hungarian government try to overcome the shortcomings of local communities, using different initiatives such as micro regions, and several forms of cooperation.

The basic question is whether these kind of institutions will be able to solve the problems of the inequalities of local services, or not. It is also important to answer that how will be able these organisation to fulfil the requirement of participation as well.

The clear answer is not aviable yet, but the practice of the local authorities will provide a possibility to make some conclusion.

NAGY FERENC

Esetek és nézetek a büntetőjogi végszükség köréből

Míg a jogos védelem a jog és a jogtalanság, addig a végszükség szabályozása a jogos érdekek összeütközését feltételezi. A végszükség-helyzetet a kollízióba jutó jogi tárgyak veszélybe kerülése hozza létre úgy, hogy ezt a veszélyt büntetendő cselekménnyel hárítják el az érintett jogi tárgy(ak) sérelmére.

Azt a kérdést, hogy az olyan szükséghelyzet, amely jogos védelmet nem alapoz meg, a büntethetőségre milyen kihatással van, a büntetőjog történetében különböző szempontok szerint nagyon eltérően választották meg. Hosszú időn át dominált e kérdéskör izolált és kazuisztikus tárgyalása és szabályozása. Később olyan törekvés fogalmazódott meg, hogy a végszükség egy általános fogalom alá rendelhető. A végszükség differenciált megítélése viszont csak a XX. század produktuma.

Végszükséghelyzet a római jogban

A római jog a végszükséget jobbra magánjogi vonatkozásaiban szabályozta, pontosabban a konkrét szituációt mérlegelve történt az értékelés. A végszükséggel összefüggésbe hozható több példa a dologrongálással kapcsolatban merült fel. Ezek közül az alábbiakat emelem ki és idézem.¹

„Van még egy másik kifogás, amivel kapcsolatban *Celsus* kétségbe vonja, hogy vajon lehet-e rá hivatkozni. Ha például a szomszéd házát lebontottam, hogy tűzvészt megfékezzem és ellenem tulajdonvédelmi keresettel (*interdictum quod vi aut clam*), vagy jogtalan dologrongálás miatt perelnek. *Gallus* ugyanis kétli, hogy emelhető-e kifogás, 'amennyiben a lebontás nem tűzvész megakadályozása okából történt'. *Servius* azonban azt mondja, ha állami tisztviselő tette volna, akkor meg kellene adni a kifogást, magánembert viszont általában nem illet meg. Ha viszont erőszakkal vagy csellel, alattomban (*vi aut clam*)

¹ Vö. MOMMSEN, THEODOR: *Römisches Strafrecht*. 2. Neudruck, Aalen, 1990. 830–831. p.; SÁRY PÁL: A büntethetőségi akadályok római jogi gyökerei. *Jogtudományi Közlöny*, 1999. december. 534. p.

tették ezt, és a tűz nem érte volna el a szomszéd házát, akkor meg kell téríteni az egyszeres becsértéket. Ha viszont a tűz elérte volna, akkor az alperest fel kell menteni. Ugyanez vonatkozik a dologrongálás miatti keresetre is, mert sem jogellenesség, sem károkozás nem forog fenn, ha a ház mindenképpen megsemmisült volna. De ha ezt olyankor tetted, amikor nincs tűzvész és csak később tört ki a tűz, akkor nem lehet ugyanígy dönteni, mert *Labeo* azt mondja, hogy a károkozás tényét nem az utólagos, hanem az akkori állapot alapján kell megítélni.” (D 43, 24, 7, 4 Ulp. 71 ed.)

„Ugyanígy *Labeo* írja, hogy nem adható semmilyen kereset, ha egy hajó a szél erejénél fogva egy másik hajó horgonykötelékébe sodródik, és a hajósok a kötelet átvágták, akkor ha a hajót semmilyen más módon, csak a kötelek átvágásával lehetett kiszabadítani. Ugyanígy vélekedett *Labeo* és *Proculus* a halászhálókra vonatkozóan, amibe a halászhajó belegabalyodott. De ha ez a hajósok gondatlanságából következett be, akkor a *lex Aquilia* szerint lehet perelni. De abban az esetben, ha a hálók tekintetében jogtalan dologrongálás miatt perelnek, a halak értékét, amiket emiatt nem fogtak ki, nem vonják be a kárértékbe, mert bizonytalan volt, hogy kifogják-e. Ugyanígy kell dönteni a vadászok és madarászok esetében.” (D. 9. 2. 29. 3)

„Ha egy hajó elsüllyeszt egy vele szembejövő hajót, akkor *Alfenus* azt mondja, hogy vagy a kapitánnyal, vagy a kormányossal szemben kell jogtalan dologrongálás miatt pert indítani. De amennyiben a hajót olyan erő hajtotta, amelyet nem lehetett uralni, akkor a tulajdonos ellen nem lehet keresetet indítani. De hogyha mindebben a legénység vétkes (*culpa*) volt, akkor úgy gondolom, hogy az *actio legis Aquiliae* rendelkezésre áll.” (D. 9. 2. 29. 4)²

Az idézett esetek alapján kétségtelenül megállapítható, hogy a rómaiak ismerték a szükségjogot. A végszükség kérdése magánjogi szempontból részesült tárgyalásban és az esetekben a megmentett és a károsított jogi javak vagy közös veszélyben forogtak vagy az a dolog okozta a veszélyt, amely ellen a szükséghelyzetben cselekvő eljárása irányult. A kázusok továbbá többnyire a valóban gyakorlati jelentőségű, azaz a mindennapi életből merített tapasztalati esetek, amelyek legtöbbször anyagi javak megvédésére és feláldozására vonatkoztak.³

Karneadész és esete

A görög filozófus Karneadész – aki időszámításunk előtt 214-ben született és 129-ben halt meg – a római, ún. harmadik akadémia vezető tagja volt,⁴ azt az esetet bocsátotta vitára, amelyben két hajótörött egy deszkára kapaszkodik, a

² Vö. HAUSMANINGER, HERBERT: *Das Schadenersatzrecht der lex Aquilia*. 2. Aufl. Manz, Wien, 1980. 68–69. p.

³ BALÁS P. ELEMÉR: *Degré Lajos és a végszükség problémája*. Szeged, 1937. 7–10. p.

⁴ CASTIGLIONE LÁSZLÓ: *Az ókor nagyjai*. Akadémiai Kiadó, Budapest, 1971. 260. p.

deszka azonban csak egyikőjüket tudja a vízben fenntartani. Ezután az történik, hogy az egyik a másik személyt a deszkáról a vízbe löki és ezáltal fulladásos halálnak szolgáltatja ki, hogy saját életét mentse. (Az eset „modern” büntetőjogi elemzését lásd a tanulmány végén.)

A Karneadész által felvetett eset iskolapéldája volt annak, hogy az igazságosság és a bölcsesség egymásnak ellentmondhat, és hogy a bölcsesség nem az igazságosság ideáljából, hanem a saját önös haszon és érdek gondolatából vezethető le. A fenti példával Ciceró is foglalkozik „Az államról” címmel készített munkájának harmadik könyvében. Ő is az igazságos és az okos cselekvés ellentétbe kerülését mutatja be ezzel a példával. Szerinte az igazságosság természetesen azt követeli meg, hogy ne öljünk embert és semmilyen körülmények között sem nyúljunk idegen javakhoz. Tehát az igazságos ember mit fog tenni olyankor, amikor hajótörést szenved és egy másik ember, aki gyengébb, mint ő, deszkát kaparint a kezébe? Nem fogja-e őt a deszkáról letaszítani, hogy ő maga kapaszkodjon bele és a segítségével megmeneküljön a haláltól, pláne, ha a tengeren nincs tanú? Ha okos, ezt teszi, mert ha nem, biztos számára a halál. Ha inkább meghal, hogy a kezét másra emelje, akkor igazságos ugyan, de ostoba, mert a saját életét nem védi meg azért, hogy a másét megóvja. (3. 20, 30)⁵

A végszükség megítéléséről a középkortól kezdődően

Egyházjogi alaptételnek is tekinthető a *necessitas non habet legem*, vagyis a szükség nem tűri a törvényt. Gratianus jogtudóstól származó fenti szállóige magyarosabb megfelelője a szükség törvényt bont.⁶

Az 1532. évi Carolina kódex 166. és 175. cikke – a kánonjogot követve – az éhínség okozta szükséghelyzetből elkövetett lopásra vonatkozóan adott szabályozást. A 166. cikk az éhező gyermek és feleség érdekében elkövetett lopási cselekményt vagy enyhítési lehetőséggel szabályozta, vagy akár büntetlenség („nichts schuldig”) kilátásba helyezésével. A 175. cikk szerint, ha a lopási cselekmény az éhínség okozta szükséghelyzetben kegyeleti tárgyak megszerzésére és eladására irányult, úgy kell ezt tekinteni, mintha az elkövető világi („weltlichen”) dolgokat vett volna el. Vagyis – mai megítélés szerint – a szükséghelyzetben elkövetett lopás súlyosabb minősítés alá nem tartozhat. A szük-

⁵ Cicero *Staatstheoretische Schriften*. Lateinisch und deutsch von Konrat Ziegler. 2. Aufl. Akademie, Berlin, 1979. 147. p.; Vö. még TRECHSEL, STEFAN: *Schweizerisches Strafrecht*. Allgemeiner Teil. I. 5. Aufl. Schulthess, Zürich, 1998. 163. p.

⁶ TAKÁCS GYÖRGY: *Ha a jogász latinul beszél...* KJK. Budapest, 1991. 180. p. A fenti tétel később meghaladottá vált, mert a szükséghelyzet határait a törvény korlátokkal szabályozta, illetve szabályozza.

ségjog pontos behatárolása azonban nem volt világos és bírói mérlegelés tárgya volt.⁷

A középkori írók jobbára a szükségből elkövetett lopással foglalkoznak a veszélyben forgó élet megmentése végett.

Általános jogi fogalomká a necessitas és jogkövetkezménye az újkori természetjogi tan törekvésével vált.

Grotius szerint a szükséghelyzetben elkövetett cselekmény büntetlensége az eredeti természeti állapotra vezethető vissza, amikor a javak közösek voltak. A szükséghelyzetben feléled a jog más tulajdonára, mintha az ilyen dolog közös maradt volna.⁸

Az újkori végszükség-tan *Kant*-ra támaszkodik, aki a végszükségben elkövetett cselekményt nem tekintette inculpabilis-nek, azaz büntethetetlennek, mert az a szükséghelyzet ellenére a kategorikus imperatívusznak ellentmondott. Impunibilisnek tartotta az ilyen eseteket, vagyis nem büntetendőnek, mert az érintett személy ellenállhatatlan kényszer miatt nem tudott jogszerűen cselekedni.⁹ A végszükségi cselekményt e szerint méltányossági okokból nem büntetik. *Kant* tehát a végszükségben eljáró esetében nemcsak a jogellenességet, hanem a bűnösséget is megállapítja, így az élet elvételével járó erőszakos önfenntartás nem „büntelen”, hanem csupán büntetlen.

Feuerbach – ugyancsak szubjektív alapon – a végszükségben eljáró személy beszámíthatóságát kizártnak minősítette.¹⁰

Hegel az élet és az alacsonyabb rangú jogi tárgyak ütközése esetén a szükségjog létét elismerte: az étellel kapcsolatban „a végső veszélyben és a másvalaki jogos tulajdonával való kollízióban igénybe vehet egy szükségjogot (nem mint méltányosságot, hanem mint jogot), mert az egyik oldalon áll a létezés végtelen sérelme és benne a teljes jogtalanság, a másik oldalon csak a szabadság egyes korlátozott létezésének megsértése, amelyben egyúttal elismerik a jogot mint olyant és a csak ebben a tulajdonban sérelmet szenvedőnek jogképességét.”¹¹ Erre épült fel az ún. kollíziós teória, amely a jogi tárgyak – értékegybevetés alapján – értékkülönbségéből indult ki.¹²

Az esetek különbözősége ellenére az újabb dogmatikában hosszú ideje az ún. egységelmélet érvényesült, amely valamennyi végszükségi változatot vagy a

⁷ *Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532.* (Carolina) 6. Aufl. Stuttgart, 1991. 107. és 110. p. A 166. cikk megnevezése a következő volt: „Stelen inn rechter hungers nott”.

⁸ Vö.: JESCHECK, H.-H. – WEIGEND, T.: *Lehrbuch des Strafrechts.* Allgemeiner Teil. 5 Aufl. Duncker & Humblot, Berlin, 1996. 354. p.; ANGYAL PÁL: *A magyar büntetőjog tankönyve.* 3. kiadás. Athenaeum, Budapest, 1920. 412–421. p.

⁹ KANT, IMMANUEL: *Az erkölcsök metafizikájának alapvetése (Bevezetés a jogtanba).* Gondolat, Budapest, 1991. 331–332. p.

¹⁰ Lásd lj. 8.

¹¹ HEGEL, GEORG WILHELM FRIEDRICH: *A jogfilozófia alapvonalai.* (127. §) 2. kiadás. Akadémiai Kiadó, (fordította: Szemere Samu) Budapest, 1983. 144–145. p.

¹² JESCHECK, H.-H. – WEIGEND, T.: i. m. 354. p.

kanti gondolat szerinti bűnösséget (illetve büntetést) kizáró, avagy a kollíziós gondolat szerinti jogellenességet kizáró oknak tekintették.

Goldschmidt differenciált szemléletmóddal új értelmezést vezetett be és megszületett a differenciálás teóriája.¹³ Ennek értelmében a végszükségi esetek egyrészt jogellenességet, másrészt bűnösséget kizáró ok szerint különböznek. Ez a teória ma már Európa-szerte csaknem általánosnak tekinthető felfogássá vált.

A végszükség differenciált megítéléséről

A végszükség rendszertanilag nem egységes jelenség, hanem vagy jogellenességet vagy bűnösséget kizáró ok, aszerint, hogy a jog a szükséghelyzetben kifejtett cselekményt objektíve méltányolja vagy azt „csak” szubjektíve „elnézi”.

A jogellenességet kizáró végszükség a külföldi, elsősorban a német nyelvű országok büntetőjogában általában a túlsúlyban lévő érték/érdek elve alapján ítéendő meg. Nevezetesen az érintett különböző értékű jogi tárgyak és a fenyegető veszély, annak foka, tehát a lehetséges történéslefolrás összehasonlítását, egybevetését igényli. Egyetértés van abban, hogy a kollidáló jogi tárgyak absztrakt értékviszonya szerinti formális, sematikus mérlegelése nem követendő. Az irányadó maxima e tekintetben az individualizált érték-érdek összemérés.¹⁴

Más szerzők számára ez a – utilitáriusnak is nevezett – megközelítés önmagában nem meggyőző, illetve nem kielégítő. Amíg a mindenkinek a csak a törvény által korlátozható külső szabadsága az igazságosság eszméjének lényegi összetevője, addig az egyik személy szabadsága, cselekvési mozgástere a másik szabadságszférájának a terhére a hasznossági gondolkodás tetszés szerinti érvényesítésével nem terjeszthető ki. Szabadságorientált jogrendben előtérbe helyezendő az autonómia, az önrendelkezés elve, amely csak a szolidaritási kötelezettségre tekintettel korlátozható.¹⁵ Vagyis az érintett kollidáló érdekek/értékek között jelentős különbségek kell, hogy legyenek, és a végszükségi áldozatvállá-

¹³ KÜPER, W.: Notstand I. In.: *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*. (Hrg III. Band) Schmidt, Berlin, 1984. 1064–1072. p.; GROPP, WALTER: *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 2. Aufl. Springer, Berlin, 2001. 202. p.

¹⁴ Lásd lj. 13.; továbbá ROXIN, CLAUD: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 3. Aufl. Beck, München, 1997. 610. p.; STRATENWERTH, GÜNTER: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 4. Aufl. Heymanns, Köln..., 2000. 189–192. p.

¹⁵ Vö. ERB, VOLKER in Münchener Kommentar. *Strafgesetzbuch*. Beck. München, 2003. 1349–1351. p.; KÜHL, KRISTIAN: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 4. Aufl. Vahlen, München 2002. 254–255. p. A társadalmi szolidaritás eszméjén alapuló gondolat a magyar irodalomban már jóval korábban is megjelent, vö. DEGRÉ LAJOS: A jogtalanság és a Tervezetek. In.: *Előadások a büntetőtörvénykönyv helyébe lépő jogszabályok Tervezetei felől*. Budapest, 1914. 63–66. p.

lási kötelezettségnek a törvény egyértelmű és világos határokat kell, hogy szabjon (lényeges túlsúlyban lévő érték, arányosság).¹⁶

Az azonos-súlyú, értékű jogi tárgyak kollízióját feltételező bűnösséget kizáró végszükség alapgondolata a norma szerinti magatartás elvárhatóságának a hiányára vezethető vissza.¹⁷ A bűnösségi szemrehányás feltételezi, hogy a norma szerinti magatartás az embertől elvárható is. Fordítva pedig, ha nem elvárható a magatartás, úgy nem tehető bűnösségi szemrehányás. A bűnösséget kizáró végszükség külön történő elismerésének, illetve szabályozásának hátterében továbbá az húzódhat meg, hogy a törvényhozó elismeri a lelki kényszerhelyzetet, a felfokozott motivációs nyomást olyan személy esetében, akinél az élet kerül közvetlen veszélybe. A jogalkotó tekintettel lehet az ilyen szituációban az elkövető, illetve a cselekmény jogellenességének (társadalomra veszélyességének) csekélyebb mivoltára, mert a mentési cselekmény a legértékesebb jogi tárgy óvására irányul.¹⁸

A német nyelvű országok büntetőjogi szakirodalmában gyakori megoldás, hogy különbséget tesznek a bűnösséget kizáró okok és az ún. kimentési okok között. A kimentési okok nem olyan szituációra vonatkoznak, amelyben az elkövető bűnössége kizárt, hanem arra a helyzetre, amelyben az elkövető különleges konfliktusszituáció alapján – jogellenes magatartása ellenére – a jogrend elnéző reagálását váltja ki. Az elvárhatóságot kizáró okok – mint a végszükség is – esetén az elkövető a tipikus esetben magatartása jogellenességét belátja és az a lehetőség, hogy másként cselekedjen, fennállhat. Vagyis a feltételezett bűnösség ellenére nincs bűnösségi szemrehányás, így a törvényhozó a büntető igény érvényesítésétől eltekint.¹⁹

A jogellenességet, illetve a bűnösséget kizáró okok megkülönböztetésének különböző konzekvenciái vannak. A jogellenességet kizáró végszükség esetében a cselekmény jogszerűnek minősül, vagyis a végszükség ismérveinek megfelelő cselekmény jogtalan támadásnak nem tekinthető, így jogos védelmi helyzetet nem hoz létre, csak végszükségre lehet hivatkozni. Az ilyen végszükségi cselekményhez kapcsolódóan nincs lehetőség bűnrészesség megállapításának sem.

Amennyiben a végszükség bűnösséget kizáró ok, a végszükségi cselekmény jogellenesnek minősül, azonban nem tekinthető bűnösnek. A végszükségi cselekmény gyakorlójával szemben ilyen esetben jogos védelem fejthető ki. A

¹⁶ Vö. BALÁS P. ELEMÉR: i. m.; továbbá KÜHL, KRISTIAN: i. m. 254. p.; ERB, VOLKER: *Münchener Kommentar StGB*. I. m. 1349–1351.p.

¹⁷ KÜPER, W.: i. m. 1071. p.

¹⁸ BAUMANN, J. – WEBER, U. – MITSCH, W.: *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Lehrbuch, 10. Aufl. Gieseking, Bielefeld, 1995. 327. p.

¹⁹ SCHÖNKE, A. – SCHRÖDER, H. – LENCKNER, T. – PERRON, W.: *Strafgesetzbuch. Kommentar*. Beck, München, 2001. 635. s. köv. p.; OTTO, HARRO: *Grundkurs Strafrecht*. Allgemeine Strafrechtslehre. 6. Aufl. Walter de Gruyter, Berlin–New York, 2000. 214. p.; KÜHL, KRISTIAN: i. m. 409. p.

bűnrészesség is büntetendő lehet a limitált járulékoság elvét követő büntetőjogokban, amennyiben a bűnrész maga sem áll a szükséghelyzet nyomása alatt.

Elméletileg eltérően alakul a megítélés a vélt (putatív) végszükség esetében is. Ha a végszükség jogellenességet kizáró körülmény, a végszükség téves feltételezése esetén az érintett tévedés címén mentesülhet. Amennyiben pedig a végszükség bűnösséget kizáró ok, a putatív végszükség esetében felesleges az egyik bűnösséget kizáró okról a másikra áttérni, vagyis olybá kell venni, mintha a vélt végszükség valóban fennforgott volna.²⁰

Problematiszus esetek a végszükség köréből a német büntetőjogban

A végszükség XX. századi német megítélésében mérföldkö volt a Reichsgericht 1927. március 11-i ítélete (*Indikationsfall*), amely az egészségügyi, orvosi indikációs terhességmegszakítás esetével kapcsolatos. A bíróságnak azt a kérdést kellett eldönteni, hogy milyen a mentesítő hatása a végszükségnek akkor, ha terhességet megszüntetnek az anya életének vagy egészségének megmentése végett. Ezen ítélet indokolása elsőként és egyértelműen szétválasztja a jogellenességet és a bűnösséget kizáró okokat. A végszükség tekintetében a differenciálási teóriához kapcsolódik és a törvényben nem szabályozott végszükség létezését elfogadja és lényegében megalapozza. A döntés rögzítette, hogy a Btk.-nak a végszükségről szóló rendelkezése nem zárja ki azt, hogy a mellette fennálló írott vagy íratlan jogtétel alapján bizonyos szükségcselekmények jogellenessége ne legyen kizárva. Az indokolás szerint a javak és köteleességek mérlegelésének íratlan elvét tekinti irányadónak ebben az esetben. Ha a kiegyenlítés csak a kollidáló jogi tárgyak egyikének megsemmisítésével vagy megrongálásával lehetséges, a csekélyebb értékű jogi tárgyakkal háttérbe kell szorulniuk és sérelmüket nem lehet jogellenesnek tekinteni.²¹

Rendkívül vitatott, hogy az emberi életek kollíziója tekintetében az összehasonlítás nélküliség elve vonatkoztatható-e az ún. *veszélyközösség* eseteire. Vagyis amikor – a különböző variációkban előforduló – alaponstelláció szerint több ember közösen veszélyben van, és egyikük megölésével vagy néhányuk feláldozásával megakadályozható, hogy különben mindegyikük meghaljon. A német büntetőjogban a legtöbbet vitatott esetekből több ún. katedrapélda. Ezek a vitatott esetek a következők: a Merkel-féle *hegymászó-esetben* (*Bergsteigerfall*) kötéllel összekapcsolt két hegymászó közül az egyik leesik és

²⁰ SCHULTHEISZ EMIL: *A bűncselekmény tana*. Debrecen, 1948. 73. p.; BODNÁR M. LÁSZLÓ: A végszükség a büntetőjogban. *Acta Jur. et Pol. Tomus XXVIII, Fasc. I. Szeged*, 1981. 10–11. p. Az újabb magyar szakirodalomból a végszükségre vonatkozóan lásd NAGY FERENC: *A magyar büntetőjog általános része*. Korona, Budapest, 2001. 197–199. p.; BÉKÉS IMRE (szerk.): *Büntetőjog Általános Rész*. HvgOrac, Budapest, 2002. 151–153. p.; WIENER A. IMRE (szerk. és szerző): *Büntetőjog Általános Rész*. KJK-Kerszöv, Budapest, 2003. 125–126. p.

²¹ BALÁS P. ELEMÉR: i. m. 22. p.; ROXIN, CLAUDIUS: i. m. 1997. 610. p.

a másik képtelen őt a továbbiakban tartani, a kötelet így elvágja, hogy ne együtt zuhanjanak le a biztos halált jelentő szakadékbá.

Az ún. *léghajó-esetben* (Ballonfall) A és B egy kis léghajó kosarában helyezkednek el, amely csak az egyik személyt bírta el egy időt követően, és inentől kezdve a lezuhanásuk fenyegetett. Ebben a helyzetben A úgy menti magát, hogy B-t a fedélzeti kosárból kidobja a mélybe.

Nagyon hasonló az előbbihez az ún. *révész-eset* (Fährmannsfall), amely szerint egy nagyon sebesen haladó folyón a révész kompon kel át, amelyen egy nagyobb gyerekcsoporthat szállít. A komp a folyón kisebb léket kap egy kiálló kötől és a túlterhelés miatt süllyedés, majd ennek következtében valamennyi gyermek halálba jutása fenyeget. A révész ebben a helyzetben néhány gyereket a halál biztos tudatában a vízbe taszított és ezáltal a többieket megmentette.

Welzel a *vasúti pályáőr esetét* konstruálta, aki látja, hogy egy vezető nélküli teherkocsi egy zsúfolt személyvonat vágányára gurul, és sok ember halálát megakadályozandó, a vonatot az utolsó pillanatban egy mellékvágányra tereli, ahol akkor a vonat több munkáson áthalad és megöli őket. Vagyis ezen esetben viszonylag kevés ártatlan ember feláldozása történt meg sok ember mentése érdekében.

A németeknél viszonylag aktuálisnak tekinthető az ún. *eutanázia-eset* (Euthanasiefall), amelyben a hitleri időszakban orvosok gyógyintézetük néhány elmebetege megölésében működtek közre, mert megtagadásuk esetén, őket a rezsim hű kiszolgálói helyettesítették volna, akik valamennyi intézeti beutaltat megöltek volna. Az eset szerint két vádlott P. és St. 1941-ben orvosként az elmebetegek államilag elrendelt tömeges ölésében működtek közre, azonban az első fokon eljár bíróság a vádlottakat a gyilkossághoz nyújtott bűnszegély és emberiség elleni bűntett miatt felmentette. A felmentés ellen benyújtott felülvizsgálatot a fellebbviteli bíróság megalapozottnak ítélte.

A bírák a felmentés melletti döntő oknak a vádlottak részére az első fokú eljárásban a bűncselekmény elkövetésével követett állítólagos mentési célzatot minősítették a meglehetősen nagyszámú halálba utalt elmebeteg érdekében. A fellebbviteli bíróság szerint az ügyben jogellenességet kizáró ok nem állapítható meg. Az ítéletben is hivatkozott 1939. szeptember 1-jei hitleri rendeletet nem tették közzé hivatalosan és nem is a formai előírásoknak megfelelő törvény volt. Vagyis nem volt valójában jogi norma, és az erre támaszkodó parancsok jogellenesek voltak. Nem kényszer hatására cselekedtek a vádlottak, az intézeti álláshelyeiken akartak maradni „menteni, ami mentendő”. Nem állapítható meg törvény feletti végszükség sem, mert a vádlottaknál a jogi kötelezettségek ütközéséről nem lehet szólni és nincs jogilag figyelembe veendő konfliktus a törvényileg különbözően értékelt jogi tárgyak között.²²

²² ROXIN, CLAUD: *Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Allgemeinen Teil des Strafrechts*. Beck, München, 1998. 29–31., 168–169. p.

A fenti esetek büntetőjogi értékelésével összefüggésben az alábbi – alapvetően meghatározó – német álláspontokat kell kiemelni.

Welzel szerint „...ahol az emberélet más emberélettel együtt kerül veszélybe, ott az erkölcsi érzéssel ellenkezik az, hogy az emberéleteket mint számítandó tényezőket vonjuk egy össz-számításba.” „Egy olyan jogi gondolkodás, amely számára a jogi értékek nem pusztán hasznossági értékek, hanem a jog megalapozásában a kultúrkörünk erkölcsi alapmeggyőződéseire épít, egy ilyen (ti. a racionális célmérlegelés által meghatározott) szemléletmóddal nem lehet elégedett. A német bírói gyakorlat szerint is ellentmond „a keresztény erkölcsi tanok által meghatározott szemléletünknek, ha a dolgok megóvására szolgáló kisebb rossz elvét alkalmazzuk és a tett jogi értéktelenségét a társadalmi összredmény alapján mérjük le akkor, amikor emberéletek forognak kockán.” Az ellenkező vélemény szerint ez azonban nem teljesen helyénvaló, mert ezen ellenvélemény szerint a lényeg az emberi életnek a lehetséges keretek közötti megóvása, és ez nem a pusztá hasznosságra hivatkozik, hanem az élet megőrzésének erkölcsi értékére.²³

Roxin szerint a jogellenesség kizárásának elutasítása azonban mégis helyesnek látszik, mind elvi, mind gyakorlati szempontból. Az elvi megítélés lényege, hogy egy egyébként menthetetlen személy megölése is az élet önkényes megrovidítását jelenti. Ha ezt megengednénk, akkor feladnánk azt az alaptételt, hogy a halálba menő élete is a jogrend védelme alatt áll. Ezek után nem volna elfogadható, hogy mindezt egy veszélyközösségen kívül miért nem engedjük meg, például úgy, hogy egy halálos beteget megölünk, hogy szerveinek átültetésével megmentsük egy másik ember életét. És ezért annak sincs értelme, hogy különbséget tegyünk a megsemmisített élet még hátralévő, várható tartama között. Hogy az áldozat még percekig, órákig vagy napokig élt volna, akkor sem lehet releváns, ha egyébként el is tekintenénk e tartam empirikus megállapításának megoldhatatlan problémájától.

A gyakorlati szempont lényege, hogy a halál matematikailag biztos bekövetkezésének elve egy gondolati konstrukció. A *valóságban* sosem tudhatjuk pontosan, hogy mi fog történni. Nap mint nap bekövetkezik az a szólásszerű esemény, hogy a látszólag halál fia „csodával határos módon” megmenekült. Gondoljunk az eutanáziaesetekre: az csak egy spekulatív feltételezés, hogy valamennyi intézeti elhelyezett akkor is megölték volna, ha valamennyi orvos megtagadja az ölési programban való részvételt; az is lehetséges, hogy lefűjták volna az akciót. A veszélybe került ember is mindig hajlamos lesz arra, hogy prognózisokat készítsen, amelyeket később nehéz megdöntetni, és amelyek megengednék, hogy a saját életét egy sorstársa rovására biztosítsa. A büntetőjognak nem kellene ilyen ökológ-tendenciákat támogatnia.²⁴

²³ Welzelt idézi ROXIN, CLAUS: i. m. 1997. 625. p.

²⁴ ROXIN, CLAUS: i. m. 1997. 625. p.

Roxin tehát élet kioltása esetére elveti a jogellenességet kizáró végszükség lehetőségét és ezzel tulajdonképpen a hatályos német büntetőtörvény szabályait is vitatja.

Végszükség a francia büntetőjogban

Az 1810. évi Code pénal a végszükségre nem adott szabályozást, a joggyakorlat fokozatosan alakította ki a végszükség fogalmát. Kezdetben a joggyakorlat a végszükséghelyzetre a kényszer fogalmát alkalmazta. Így a *Ménard-esetben* a törvényszék kényszerszerűen állapított meg az anya javára, aki kenyeret lopott, hogy a beteg gyereket etesse.²⁵ A végszükség különbözik a kényszerszerűtől abban, hogy a kényszer az elkövető szándékát zárja ki, míg a végszükség feltételezi, hogy az elkövető „megőrzi bizonyos mozgásterét” és hogy szabadon dönthet a bűncselekmény elkövetése mellett vagy a rá háruló rossz elviselése mellett.²⁶

Az elkövetőnél meg kell lenni a lehetőségnek, hogy válasszon a bűncselekmény elkövetése vagy a veszély elkerülése között. Ez a választási lehetőség jelenti a különbséget a kényszer és a végszükséghelyzet között, mivel a kényszer elveszi a szabadságot és megszünteti az akaratot. Az elkövetőnek nem lehet más lehetősége a rizikó bekövetkeztének elkerülésére.

A Colmar-i Törvényszék alkalmazta elsőként a végszükség kifejezést, amikor felmentette azt a családapát, aki engedély nélkül kezdett építkezni a különösen kemény tél beállta előtt, azzal a céllal, hogy a családját megfelelő módon elszállásolja.

Ezt az ítélkezési gyakorlatot szentesítette egyrészt a Semmítőszék 1953 óta, illetve az 1994. évi Code pénal (CP) 122-7. cikke.²⁷

A végszükséghelyzetnek tényleges és fennálló veszélyből kell származnia. Kizárt a végszükséghelyzet, ha a veszély képzeletbeli vagy feltételezett. Ha az elkövető jóhiszeműen azt hitte, hogy tényleges veszélybe került, akkor a vélt jogos védelem alkalmazandó, és a bűncselekményt kizárja a jogellenesség hiánya, ha megállapítható, hogy mindenki azt hitte volna, hogy ilyen veszély van. Ellenben, ha az elkövető súlyos tévedésben cselekszik, akkor nem hivatkozhat végszükségre, hanem ténybeli tévedésre és a szándék hiányára.

A veszély jelentkezhet *saját személyénél*, egy hozzá közelálló személyénél, sőt egy *harmadik személyénél* is. Ez gyakran közlekedési balesetben jelentkezik, amikor az autóvezető kárt okoz azért, hogy elkerülje egy gyalogos elütését. A veszély lehet *fizikai*, mikor egy személy életét vagy testi épségét fenyegeti. A veszély lehet *erkölcsi* is: a személy becsülete ugyanolyan fontos lehet egy sze-

²⁵ BOUZAT, P. – PINZTEL, J.: *Traité de droit pénal et de criminologie*. Tome I. Dalloz, Paris, 1963. 277. és 279. p.

²⁶ TEILLOT, LINE – URBANSKY, PASCALE: *Droit pénal général*. Bréal. 2002. 137. p.

²⁷ *Code Pénal*. Dalloz, Paris, 2003. 123. p.; JESCHECK, H.-H. – WEIGEND, T.: i. m. 370–371. p.

mély számára, mint az élete. A veszély végül *javak ellen* is irányulhat. Azonban, az arányosság elve azt követeli meg, hogy a javak elleni veszély soha nem igazolhat egy különösen súlyos bűncselekményt.

A veszélynek fennállónak kell lenni, vagy legalább azonnal bekövetkezőnek, azaz időben közelinek, amely sürgős helyzetet jelent.

A veszélynek igazságtalannak kell lenni, még ha ezt a feltételt a törvény 122-7. cikke nem is követeli meg kifejezetten. Ez azt a veszélyt jelenti, amelyet az elkövető törvényesen nem köteles elszenvedni. Nem minősül igazságtalan veszélynek a testi sérülés vagy a halál veszélye, amely a katonát éri a háború esetén.²⁸

A veszély nem származhat az elkövető felróható magatartásából.²⁹ Ha a veszélyhelyzet tisztán csak valakinek (az elhárítónak) a felróható magatartásából származik, a szükséghelyzet jogellenességet kizáró hatása nem érvényesül. Ez a feltétel sok kritika tárgyát képezi a jogtudósok egy része által, akik úgy gondolják, hogy a kényszerrel szemben a végszükség egy objektív büntethetőséget kizáró ok, és itt nem lehet figyelembe venni az illető személyes körülményeit, és különösen a korábbi felróható magatartását.

A végszükséghelyzetet elhárító magatartásnak egyszersmind szükségesnek és arányosnak kell lenni.

A CP 122-7. cikke kifejezetten megköveteli az arányosságot az elhárító magatartás és a fenyegető veszély súlya között. A végszükséghelyzet egy magasabb érdeket egy alacsonyabb érdek fölé helyez. A szembenálló érdekek ütközése nem okoz gondot, mikor a bűncselekményt azért követik el, hogy egy személy életét, fizikai vagy erkölcsi egészségét védjék meg, mert itt magasabb értékekről van szó. Egy személy testi vagy szellemi épsége megóvásának szükségessége valójában alkalmas a jogellenesség kizárására, mint pl. a szükséges élelmiszerek ellopása, akárcsak a Ménard esetben.

Az arányosság feltételének vizsgálata valójában akkor nehéz feladat, ha az ütköző érdekek azonosak, például ha két ember van életveszélyben, és az egyik megmentése csak a másik halála útján lehetséges. Az elmélet megosztott ebben a kérdésben. Bizonyos szerzők úgy gondolják, hogy a megtorlás lehetetlen, akármilyen is az elkövető magatartása, a társadalmi kár, hátrány azonos. Mások azt állítják, hogy ez az elmélet a valóságban nem létezik, és hogy egy élet elleni támadást soha nem igazolhat a végszükséghelyzet. A Semmítőszék azt állította, ha arról van szó, hogy emberi életet kell feláldozni, akkor nem lehet eldönteni azt, hogy a megmentett életek nagyobb értéket jelentenek-e, mint a feláldozottak.

Gyakran hozzák fel példának a – következőkben tárgyalandó angol – Mignonette-esetet, de igazából ez az eset nem végszükséghelyzet, mivel az a választás szabadságát feltételezi. A tengerészek a Mignonette-esetnél viszont

²⁸ TEILLOT, LINE – URBANSKY, PASCALE: i. m. 139. p.

²⁹ PRADEL, JEAN: *Droit pénal général*. Éditions Cujas. Paris, 1995. 396. p.

inkább kényszerben voltak és az akaratuk hiányzott. Ezzel szemben inkább végszükséghelyzet, amikor az orvos azért, hogy megmentse az anyát, megöli az újszülöttet, vagy ha az anya azért lop kenyeret, hogy ne haljon éhen a gyermeke.³⁰

Ha a feláldozott érték magasabb rendű, mint a védett (különösen, ha anyagi javat testi épség elleni támadással mentenek meg), kizárt a jogellenesség hiánya. Ha a feláldozott érték alacsonyabb rendű a védett értéknél, a vádlott cselekménye nem lesz jogellenes. Ha a két érték érezhetően azonos súlyú, a jogtudomány megosztott; de logikusnak tűnik elfogadni a jogellenesség hiányát, mivel a cselekmény közömbös a társadalom számára, és nem okoz számára kárt és mert a CP 122-7. cikke tekintettel, nem áll fenn aránytalanság.

A végszükség csak a büntetőjogi felelősséget szünteti meg. A joggyakorlat szerint az elkövető köteles a sértettet kártalanítani. Ez nem szünteti meg a polgári jogi felelősséget. Ezzel szemben a jogos védelem megszünteti mind a büntetőjogi, mind a polgári jogi felelősséget.³¹

Végszükség (duress, necessity) az angol büntetőjogban

1. A végszükség megítélése a common lawban

Az angol büntetőjog a végszükséget a kényszer (duress) intézményénél helyezi el, ugyanis egy kategóriába vonja a más által kifejtett kényszert, fenyegetést (duress per minas) és a „helyzetből, körülményekből fakadó kényszert” (duress of circumstances), így tulajdonképpen nem a kényszerhelyzet forrására, hanem az elkövetőre gyakorolt hatására koncentrál. A common law fejlődése során a kényszer megítélése többször változott, azt hol jogellenességet kizáró oknak (justification), hol inkább mintegy bűnösséget kizáró oknak tekintették (excuse). A common law történetében jól tükröződik az a konfliktus, amely az elkövetőre nehezedő nyomás akceptálása és a sértett jogainak szem előtt tartása között van.³²

A „helyzetből fakadó kényszer” hasonlítható leginkább a mi terminológiánk szerinti végszükséghez (necessity). Az angol bírói esetjogban a végszükség kérdése elsősorban azzal összefüggésben merült fel, hogy képezhet-e a végszükség büntethetőségi akadályt (defense), ha az elhárító cselekmény az élet kioltásával jár. A probléma először a *Dudley and Stephens* ügyben vetődött fel 1884-ben. A jogirodalomban *Mignonette*-esetként is említett ügy lényege, hogy négy hajótörést szenvedett tengerész közül kettő (Dudley kapitány és Stephens

³⁰ PRADEL, JEAN: i. m. 391–399. p.

³¹ PRADEL, JEAN: i. m. 391–392. p.

³² ASHWORTH, ANDREW: *Principles of Criminal Law*. Second Edition. Clarendon Press. Oxford, 1995. 217.p.

kormányos) megölte a fiatal hajósinast, aki egyébként bármelyik percben kilehelhetette a lelkét. A tengerészek a megölt társuk húsából táplálkoztak, miután 17 napot hánykolódtak élelem és víz nélkül a tengeren. Így sikerült még néhány napig életben maradniuk, amíg egy arra haladó hajó meg nem mentette őket. Angliában a kapitány és a kormányos bíróság elé került és a bíróság bűnösöknek mondta ki gyilkosság büntetében és halálra ítélte őket, egyúttal hozzájárult a jury kegyelmet kérő ajánlásához. Végül Dudley és Stephens halálbüntetését enyhítették és királyi kegyelemmel vétség címén hat hónapi szabadságvesztés kiszabására került sor.³³

Az ügy tárgyalása során Lord Coleridge főbíró annak a véleményének adott hangot, hogy más ember életének kioltása esetén nem lehet végszükségre hivatkozni. Érvelése szerint nem lehet olyan sürgősségi helyzet, amely a saját élet megmentését kényszerítené ki, sőt ellenkezőleg, azt bizonyos körülmények között kötelességünk lehet feláldozni. Ugyanis „gyakran kényszerülünk olyan mércéket felállítani, amiknek mi magunk sem vagyunk képesek megfelelni, és olyan szabályokat alkotni, amelyeknek mi magunk sem tudnánk eleget tenni”. Továbbá ilyen esetben ki dönti azt el, hogy ki haljon meg?

A kimentés lehetőségét így elvetve, az elkövetőket végső fokon is elítélték. A cselekmény jogi megítélése azonban ezzel nem tisztázódott, ez a megoldás legfeljebb jól mutatja, hogy milyen ellentmondás húzódhat meg az élet sérthetlenségének objektív mércéje és az ilyen rendkívüli helyzetbe került emberekkel való együttérzés között.

A jó száz évvel későbbi esetjog is több érdekességet mutat. Az 1975-ös *DPP v. Lynch* ügyben a Lordok Háza úgy határozott, hogy a végszükségi helyzetre az emberölés bűnrészesére eredményesen hivatkozhat, majd nem sokkal később, 1977-ben a Királyi Államtanács (Privy Council) az *Abott v. R.* ügyben kimondta, hogy az emberölés tettese nem mentesülhet végszükség címen. 1987-ben a Lordok Háza pedig azt vizsgálta *Howe-ügyben*, hogy fenntartandó-e ez a különbségtétel a részesek és a tettesek között, és arra a következtetésre jutott, hogy az emberölés elkövetője – tettesi vagy részesi minőségétől függetlenül – nem mentesülhet végszükség címen. E döntés legfőbb indoka az volt, hogy senkinek sem adható jog annak az eldöntésére, hogy helyette egy másik ártatlan ember haljon meg, a jog nem vonhatja meg a védelmet az ártatlan áldozattól. A másik érv az volt, hogy a végrehajtási kegyelem különböző formái ilyenkor – hasonlóan az egy évszázaddal korábbi Dudley és Stephens ügghöz – megfelelő megoldást jelenthetnek.

Az 1982-es *Gotts-ügyben* a Lordok Háza úgy látta, hogy a végszükség mentesülési alapot még az emberölés kísérlete esetén sem jelenthet.³⁴

³³ HOVÁNYI GYULA: Adalék a végszükség jogához (A „Mignonette” eset). *Magyar Igazságügy XXIII.* (1885) 133–138. p. Ez a munka megjelent in. Büntetőjogi Szakirodalomgyűjtemény. I. kötet. (szerk.: Horváth Tibor és Szűk László), Tankönyvkiadó, Budapest, 1987. 110–115. p.; ADLER, F. – MUELLER, O.W.G. – LAUFER, S.: *Kriminológia*. Osiris, Budapest, 2000. 328. p.

³⁴ Az említett precedensekhez lásd ASWORTH, A.: uo. 223–225. p.

A common law végszükséggel szembeni „merevségéhez” képest némi oldódást mutat egy a Lordok Házának polgári ügyszakában, 2000 őszén tárgyalt eset.³⁵ A történeti tényállás szerint született egy szíami ikerpár, Jodie és Mary. Marynek agyi rendellenességei voltak, emellett a tüdeje és a szíve teljesen elégtelenül működött, és csak Jodie keringési rendszere tartotta életben. Az orvosok szerint Jodie szíve hat-nyolc hónapos korukig bírta ezt a kettős terhelést, utána a gyermekek meghalának. Ha viszont az ikreket műtéti beavatkozással szétválasztanák, akkor Mary meghalna, mert egymagában életképtelen, Jodie viszont teljes értékű életet élhetne.

Az elsőfokú ítélet a szétválasztásra irányuló műtétet jogszerűnek találta, és így foglalt állást a Lordok Háza is. Az ügyet orvosi, polgári, családi, valamint büntetőjogi aspektusból vizsgálták. Az ítéelő bírák közül Lord Justice Brooke egy önálló tanulmánynak megfelelő terjedelemben és színvonalon foglalkozott a végszükség kérdésével az eset kapcsán, többek között részletesen vizsgálta a Mignonette-esetből levonható következtetéseket is. Lord Justice Brooke a végszükség mint jogellenességet kizáró ok alkalmazhatóságának három feltételt támaszt:

1. a cselekmény elkerülhetetlen és helyreállíthatatlan hátrány elhárítására szolgál,
2. csak az elérendő cél érdekében feltétlenül szükséges cselekményeket lehet megtenni és semmi többet,
3. az okozott hátrány nem lehet aránytalan az elhárított hátrányhoz képest.

A lord véleménye szerint az esetbeli műtét valamennyi feltételt teljesíti, így a végszükség megállapítható, s ezzel ítéelő bíróként – *implicite* – azt is kimondta, hogy a végszükség intézménye élet kioltása esetén is alkalmazható. „Judgement”-jét így zárja: „Végül, az élet szentségének az elve az emberi test integritására van figyelemmel. A javasolt műtét ezeknek a gyermekeknek viszszaadná azt testi integritást, amelyet a természet megtagadott tőlük.”

II. A végszükség megítélése az angol „jogtudományban”³⁶

Az angol jog szerint a kényszer és a végszükség mint büntethetőségi akadály akkor jut jelentőséghez, ha valaki a haláltól vagy súlyos sérüléstől való félelmében, vagy ezekkel fenyegetve elkövet egy máskülönben büntetendő cselekményt. A kérdés az, hogy a felelősség alóli mentesülés alapja a jogellenesség vagy a bűnösség kizárása.

³⁵ Az ügyben hozott ítélet nagy terjedelmű „vázlata” (draft judgment) az interneten olvasható: <http://news.findlaw.com/hdocs/docs/siametwins/siametwins1-7.html> (2004. 02. 26.)

³⁶ Ehhez lásd ASWORTH, A.: *uo.* 145–148. p. és 224–225. p. (a szerző fejtegetési különböző angol jogtudományi munkákon alapulnak).

Az ismertetett joggyakorlat egyértelműen elveti a jogellenesség kizárásának lehetőségét. Indokai helytállónak tekinthetők arra az esetre, amikor egy ártatlan személy életét áldozza fel valaki a saját életének megmentéséért. Ez a helyzet kezelhető lehetne a felelősségnek a bűnösség síkján való kizárásával (excuse). A common law nincs azonban tekintettel arra a lehetőségre, hogy egy ártatlan ember életének feláldozásával kettő vagy akár több ember életét is meg lehet menteni. Egy ilyen cselekményt csak az ártatlan ember élete kioltásának legszigorúbb tilalma tehet jogellenessé. A kérdés lényege: ha n és $n+1$ élet között kell választanunk, akkor nem fűződik-e erősebb társadalmi érdek a nagyobb számú emberi élet megmentéséhez. Az esetjogból is ehhez a problémához kapcsolódik például a Mignonette-eset, vagy még korábbról, 1842-ből az az amerikai eset, amikor egy süllyedő mentőcsónakból néhány embert a vízbe dobtak, hogy a többség életben maradhasson (lásd később *United States v. Holmes*). Az ezekhez hasonló helyzetekben súlyos döntést kell hozni, és e döntéshozatalkor nem az individuumra kell koncentrálni, hanem a közérdekre, amely az összeválogatást kívánja meg.

Az azonban továbbra is probléma marad, hogy hogyan kerülnek az áldozatok kiválasztásra. Egy olyan esetben például, amikor a menekülők útját elálló, megkövült embert kell a tűzbe vagy a vízbe lökni, az áldozat személye „magától értetődik”. Nem így azonban az előbb is említett két precedens tekintetében.

Nézzünk további eseteket az áldozat kiválasztásával összefüggésben.

A *Zeebrugge-katasztrófa* (1987) eset szerint a Herald of Free Enterprise nevű, süllyedő komphajóról vízbe esett emberek a hajó fedélzetére próbáltak feljutni egy kötéllelra segítségével. Az első fiú, aki felkapaszkodott a létrára, a sokktól és a hidegtől kővé dermedt, meg sem tudott mozdulni, és mintegy 10 percig elállta a többi menekülő útját. Ekkor egy katonatiszt felszólította a menekülőket, hogy lökjék le a létráról a fiút, mert különben mindnyájan odavesznek. A fiút lelőtték, ő vízbe fúlt, míg a többiek a létrán felkapaszkodva megmenekültek.

Ha egy repülőgép – például a pilóta halála vagy terrortámadás, avagy az üzemanyag elfogyása miatt – irányíthatatlanná válik, és a számítások szerint egy sűrűn lakott településre fog zuhanni, akkor felmerülhet a végszükség kérdése. Ez alapján elképzelhető, hogy a repülőgépet, amelynek utasai „halálra voltak ítélve”, egy sivatag fölött lelövik, a városlakókat megóvándó. De hasonló eset az is, amikor az üzemanyag fogyott ki a gépből, és a pilóta, elkerülendő a városra való zuhanást, szándékosan a sivatagba irányítja a zuhanó gépet, percekkel előre hozva a becsapódás időpontját.

Egy további eset szerint két ember egyszerre ugrik ki ejtőernyővel a repülőgépből, de csak az egyiküknek nyílik a ki az ernyőre. A másik személy zuhanás közben elkapja annak a lábát, akinek kinyílt az ernyője. Az ernyő azonban csak egy embert bír el. A szerencsés ugró ezért lerázza társát a lábáról, aki lezuhan.

A fenti esetek arra szolgálnak példaként, hogy a végszükség körében előfordulhat, hogy egyértelmű az áldozat kiválasztása, nem kérdéses, hogy kinek az

életét kell feláldozni a többi (vagy a másik) megmentése érdekében. Az áldozat kiválasztása nem önkényes, nem a véletlen vagy például sorshúzás eredménye. A bemutatott esetek ebben jelentősen különböznek a Mignonette-esettől vagy Karneádész deszkájától.

A common law előbbieken ismertetett gyakorlata mindenesetre helyteleníthető és nem követendő. Az tény, hogy a mentesülés kérdését elvi élel nehéz megoldani, de ennek áthidalására nem szolgálhat a büntetés enyhítésével vagy a végrehajtási kegyelem lehetőségével operáló praticista felfogás. Már csak azért sem, mert messze nem biztos, hogy a feltételes szabadságra bocsátásról döntők (Parole Board) vagy az uralkodó egységesen fogja megítélni az ilyen helyzeteket.

Összegzésként elmondható, hogy a végszükség megítélése az angol büntetőjogban – eltekintve a sziámi ikrek ügyében kifejtett bírói véleményről – a 19. század óta mit sem változott, távoli lehetőség sem látszik e büntethetőségi akadály elvi jellegű tisztázására. Egységes angol büntető kódex a mai napig nem készült, e kérdés jogszabályi rendezése is várat magára. És ha készülné is büntető kódex, valószínű, hogy a büntethetőségi akadályokat csak szűkkörűen, vagy éppen a common lawra való utalással szabályozná, legalább is erre következtethetünk a Jogi Bizottság (Law Commission) véleményéből.³⁷ 1974-ben a Munkáspárt a végszükségnek mint generális büntethetőségi akadálynak a kodifikálására tett javaslatot, amelyre a Jogi Bizottság úgy reagált, hogy erre nem kerülhet sor, és egyébként is, ha létezik a common lawban ilyen intézmény, akkor azt ki kell iktatni onnan is. Ez a merev elutasítás a jogelmélet heves tiltakozását váltotta ki. 1985 és 1993 között a Bizottság három beszámolót is készített a végszükség témakörében, és álláspontja némileg enyhülni látszik. Eszerint a végszükség maradjon kizárólag a common law intézménye, azt kódex nem érintheti. Véleményük szerint e büntethetőségi akadály jelenlegi érvényesülése nagyon korlátozott és főleg tisztázatlan, ezért a bíróságoknak meg kell adni a lehetőséget arra, hogy fejlesszék és tisztázzák ezt a jogintézményt. Asworth szerint is inkább szükséges az, hogy a jövőben is megmaradjon a bíróságok lehetősége arra, hogy továbbfejlesszék a felelősség alóli mentesülés rendszerét.³⁸

Az azonban szintén elmondható, hogy a – common lawtól eltérően – a végszükség elméleti megközelítése hasonlít a kontinentális felfogáshoz, s felvázolja mind a jogellenességet, mind pedig a bűnösséget kizáró végszükség lehetőségét.

³⁷ Ehhez lásd <http://news.findlaw.com/hdocs/docs/siametwins/siametwins7.html> (2004. 02. 26.)

³⁸ Uo. 148. p.

United States v. Holmes (1842)

A William Brown nevű amerikai postahajó (utasszállító) Liverpoolból Philadelphiába tartott 65 skót és ír emigránssal a fedélzetén, amikor 1841. április 19-én az újfundlandi Race-től 250 mérföldre délkeletre jéghegynak ütközött. Gyorsan süllyedt a tomboló északkeleti szélben... Az elsőtiszt és nyolc matróz harminckét utast irányított a mentőcsónakba. Miközben a csónakot a vízre bocsátották, látták, ahogy elsüllyed a William Brown, a többi sikoltozó és imádkozó utast pedig elnyelik a hullámok... Az elsőtisztnek sikerült felszínen tartania a csónakot, de a tenger és a szél egyre veszélyesebbé vált. A vízszintszabályozó elveszett, a csónakba pedig egyre több víz került. A matrózok merték kifelé a vizet, ahogy csak tudták. Az elsőtiszt odakiáltott az embereinek: „Ez így nem fog menni! Istenem, segíts! Emberek, munkára!” Végül a matrózok engedelmeskedtek, és kidobtak néhány utast a csónakból, vigyázva, nehogy házastársakat válasszanak el egymástól, vagy anyát szakítsanak el a gyermekétől. Ezzel az akcióval megmentették a csónakot, és aki még a fedélzetén volt, azt mind megmentette egy arra haladó hajó. *Holmest*, az egyik matrózt bíróság elé állították szándékos emberölés vádjával, és bűnösnek találták gondatlan emberölésben, ám csupán azért, mert a bíróság megállapítása szerint, elmulasztotta teljesíteni azt az utasok iránti kötelességét, hogy megkülönböztetés nélkül dobjon ki néhányat, ő ezzel szemben sorsot vetett... Az amerikai jog – eltérően az angoltól – elismeri a végszükségre hivatkozó védelmet abban az esetben, ha ártatlan életet kell feláldozni a nyílt tengeren, rendkívüli feltételek között.³⁹

Karneadész eset elemzése jelenlegi bűncselekmény-fogalmi megközelítésünk alapján

Cselekmény

A büntetőjogi értelemben vett cselekmény egyrészt emberi magatartást, másrészt e magatartás külvilági változás tényleges vagy potenciális előidőzésére való alkalmasságát, harmadrészt az emberi tudat által átfogott akaratlagosságot feltételez. Ezek a cselekmény-ismérvek ebben az esetben adottnak vehetők és megállapíthatóak.

Tényállásszerűség

Az emberi élet általános és abszolút jellegű védelme fogalmazódik meg a Btk. 166. §-ában azzal, hogy az (1) bekezdés szerint szándékos emberölés elkövetőjét a törvény 5 évtől 15 évig terjedő szabadságvesztéssel rendeli büntetni. A Btk. 166. § (2) bekezdése szerinti minősített emberölés ismérvei esetünkben

³⁹ ADLER, F. – MUELLER, O.W.G. – LAUFER, S.: i. m. 328. p.

nem állapíthatók meg, emiatt mellőzzük. A 166. § (1) bek. értelmében az vizsgálendő, hogy K. megölte-e S.-t. Az egyetlen deszkáról a vízbe történő taszítás kétségtől olyan cselekmény, amely S. halálát okozza. Feltehetően ha K. a deszkán hagyja S.-t, percekkel később mindketten vízbe fulladnak. Kérdés, ez kizárja-e K. felelősségét? A kauzalitás vizsgálata során az vetődik fel, hogy vajon a konkrét halált az adott időben és módon K. okozta-e. Másképpen minden emberölést elkövető személy mentesülhetne azon az alapon, hogy áldozata egy nap úgymint meghalna. A K. által történő letaszítás nélkül S. halála talán más módon és később bekövetkezett volna, úgy azonban, ahogy és amikor S. halála bekövetkezett, azt K. okozta.

Büntető-jogellenesség

A büntető-jogellenesség megállapítása – nézetünk szerint – együttesen feltételezi az alábbiakat:

- a magatartás tényállásszerű (diszpozíció-szerű),
- a tényállásszerű cselekmény büntetőjogi normába ütközik és büntetőjogi szankcióval fenyegetett (formálisan jogellenes),
- a tényállásszerű és formálisan jogellenes magatartás materiálisan is jogellenes, és
- nem áll fenn jogellenességet kizáró ok.

Esetünkben ebből a szempontból az vizsgálendő, hogy megállapítható-e jogellenességet kizáró ok. Lehet gondolni esetleg a jogos védelmi előírások figyelembevételére. A jogos védelem intézett vagy közvetlenül fenyegető jogtalan támadást feltételez. Tehát csak akkor jöhetne szóba, ha S. deszkára való felmászkása vagy az ott ülve maradása jogtalan támadás lenne. S. azonban nem járt el jogellenesen, ha az ő életének megmentése, vagy legalábbis meghosszabbítása céljából cselekedett. A hatályos magyar szabályozás értelmében jogellenességet kizáró végszükség sem jöhet szóba, mivel hiányzik a védett érték/érdek túlsúlya, hiszen K. és S. élete azonos rangú és súlyú jogi tárgy. Márpedig a Btk. 30. § (1) bekezdése értelmében az elhárító cselekménynek kisebb sérelmet kell okoznia, mint amelynek elhárítására törekedett. Mivel jogellenességet kizáró ok nem állapítható meg, K. cselekménye nem csupán tényállásszerű, hanem jogellenes is.

Bűnösség

A bűnösségnek mint az általunk képviselt komplex (pszichológiai-normatív) bűncselekmény-fogalmi elemnek a következő összetevői vannak:

- a megfelelő életkor;
- beszámítási képesség;
- szándékosság, illetve a gondatlanság;
- az elvárhatóság.

A megfelelő életkor adottnak tekinthető. K. beszámítási képessége is kétségen kívülnek látszik, kóros elmeállapotra utaló momentum nem lelhető fel. K. szándékosan is cselekedett, előre láthatta, tudta, hogy a deszkáról vízbe letaszító magatartása S. vízbefulladását okozza és mindezt, ha nem is kívánta, de legalábbis ebbe belenyugodott. Bizonyára az első pillanatokban a tudata elsősorban arra terjedt ki, hogy a deszkán történő egyedüllet érje el és ennek segítségével az életben maradását. Azonban szándékosan cselekszik az is, aki számára magatartásának eredménye kellemetlen ugyan, de tudja, hogy az eredmény bekövetkezik. K. ölési szándéka akkor is fennáll, ha S. halálát csak lehetségesnek tartotta, de a bekövetkezésébe belenyugodott (eshetőleges szándék). Mégis az a kérdés, hogy K. szükséghelyzete miatt a bűnösségét valamilyen ok kizárhatta-e. E tekintetben a bűnösséget kizáró végszükség jöhet figyelembe. Ez a jogintézmény ugyanis azon a gondolaton nyugszik, hogy a cselekmény annak a személynek bűnösként nem róható fel, aki azt közvetlenül fenyegető, másként el nem hárítható veszély-kényszerhelyzetben követi el. A veszélyhelyzetnek saját vagy mások személye vagy javai ellen kell irányulnia, ez pedig ebben az esetben adott, hiszen K. a legnagyobb életveszélyben van, ami másként – büntetőjogilag közömbös úton – nem elhárítható. Más lenne a helyzet, ha lenne több menekülési lehetőség, például több mentőcsónak vagy deszka. Vizsgálандó az is, hogy K. cselekménye az életveszélyes helyzet elhárítására irányult-e. Az esetből egyértelműen az derül ki, hogy K. a saját vízbefulladását kívánta elkerülni. Ezt a szükséghelyzetet pedig nem K. idézte elő, hiszen a hajótörés létrejöttében a felróhatósága nem állapítható meg. Más lenne a megítélés, ha a hajótörést K. maga idézte volna elő, ez esetben a vízbelökésért büntetőjogi felelősséggel tartozna. Esetünkben tehát a bűncselekmény utolsó fogalmi eleme zárható ki, azaz a bűnösség. K. cselekménye tehát tényállásszerű és büntetőjogellenes, de nem bűnös. Mivel bűncselekmény nem állapítható meg, jogkövetkezményként büntetés nem alkalmazható és K. az ellene indított büntetőeljárásban felmentést kap.⁴⁰

Az előbbi elméleti állásponttal szemben a hatályos magyar Btk. 30. §-a szerinti végszükség mint büntethetőséget kizáró ok azonban a fenti esetben K. javára nem lenne megállapítható, mert a tényállásszerű és büntetőjogellenes cselekményével nem kisebb sérelmet okoz, mint amelynek elhárítására törekedett. Az akkora (vagy nagyobb) sérelem okozása pedig nem vezethető vissza arra a körülményre, hogy K. ijedtségből vagy menthető felindulásból képtelen volt felismerni a sérelem nagyságát. Ez a példa is jól mutatja hazai büntetőjogunkban az elvárhatósággal, illetve annak hiányával összefüggő azt a „törvény fölötti” helyzetet, azt a „joghíányt”, amely az azonos értékű jogi tárgyak, különösen a közvetlenül és másként el nem hárítható veszélybe kerülő kollidáló emberi életek egyikének a másik élet kioltása árán történő mentésével kapcsolatos.

⁴⁰ Vö. BAUMANN, J. – WEBER, U. – MITSCH, W.: i. m. 183–185. p.

FERENC NAGY

FÄLLE UND MEINUNGEN ÜBER DEN NOTSTAND IM STRAFRECHT

(Zusammenfassung)

Die Frage, wie sich Notsituationen, die kein Notwehrrecht begründen, auf die Strafbarkeit auswirken, ist in der Geschichte des Strafrechts unter verschiedenen Aspekten immer wieder gestellt und sehr unterschiedlich beantwortet worden. Lange Zeit dominierte die isoliert-kasuistische Erörterung oder Regelung einzelner Konstellationen, und die Bestrebung, die Notstandssituationen einem allgemeinen Begriff zuzuordnen, entwickelte sich erst später. Ab dem 20. Jahrhundert wird der Notstand sogar differenziert beurteilt.

In der Abhandlung wird diese Entwicklung der Notstandserörterung und – Regelung dargestellt. Der Anfang handelt von der kasuistischen Auffassung des römischen Rechts, und ein uraltes philosophisches Beispiel zum Notstandslage wird noch erwähnt, der sog. „Brett des Carneades“. In der fortgehenden Erörterung der Aspekte des Notstands wird darauf eingegangen, wie sich der allgemeine Notstandsbegriff ab dem Mittelalter entwickelte. Am Ende der Entwicklungsdarstellung steht die differenzierte Behandlung des Notstands, deren Kernpunkt darin liegt, ob der Notstand als Rechtfertigungs- oder als Schuldausschließungsgrund wirkt.

Im zweiten Teil der Abhandlung beschäftigt sich der Autor mit problematischen Notstandsfällen aus dem deutschen Recht, das beide Form des Notstands regelt, d.h. den rechtfertigenden Notstand sowie den entschuldigenden Notstand. Danach wird die französische Auffassung des Notstands dargestellt, und schließlich wird auf die englische Rechtslage eingegangen, wo der Notstand immer noch kasuistisch behandelt und nicht gesetzlich geregelt wird.

Zum Abschluss stellt der Autor dar, wie der uralte Fall von Carneades gemäss der heutigen ungarischen und von unserem Lehrstuhl vertretenen Auffassung des Straftat- und Notstandbegriffes beurteilt werden kann.

Ókori államszövetségek

*„Mert a Gényusz ellensége, a Perzsa sováran
évhozzat számlálta a fegyvert már meg a szolgát,
gúnyyt úzvén a görög földből s a maroknyi szigetből”*

(HÖLDERLIN: *A szigettenger*
Rónay György fordítása)

A poliszok közötti kapcsolatok

Lehetséges-e föderációról beszélni az ókorban? A jelen dolgozat egy államelméleti problémát boncolgat ókori történeti példaanyagon, ami nem veszélytelen vállalkozás, tekintettel a történeti források töredékességére, és szóhasználatuk értelmezésének ellentmondásosságára. A terminológiai bizonytalanságok kapcsán joggal jegyzi meg epésen a téma egyik elismert és alábbiakban bőséggel idézett kutatója, Larsen, hogy a görög történetírókkal az a baj, hogy nem olvasták a 19. századi tanulmányokat a görög politikai intézményekről.¹

Magát a fogalmat a latin nyelvből eredeztetik, a *foedus* (szövetségi szerződés) és a *fidere* (bízni) szavakból. A *foederatus* a szerződés által kötöttet jelenti. Róma államközi kapcsolataiban főleg a nem latin közösségekhez való viszonyban volt szerepe a szövetségi szerződéseknek (*foedera*).²

A szakirodalomban megjelennek olyan nézetek, melyek az ókori Görögországban, majd Itáliában, sőt már a zsidó nép történetében is felfedeznek ilyen vonásokat.³ A mértékadó és tekintélyes Oxford Classical Dictionary (továbbiakban OCD) 2002. évi 3. kiadása egyenesen föderatív államok (*Federal states*) címszót is tartalmaz. A görög alkotmánytörténettel foglalkozó

¹ LARSEN: *Greek Federal States*. 177. p. 1. lj.

² A római jog története és institúciói. 65.

³ RIKER: 93. sk.

klasszikus értékű művek a 19. század óta nagy teret szentelnek a görög államok közötti kapcsolatok, köztük a föderációk tárgyalásának.

Kérdés, mindez nem történelmietlen visszavetítés-e? A válasz nagymértékben függ a definícióktól és a tipológiától. Vagyis attól, hogy mit értünk föderáción, és miként osztályozzuk az ókori államokat. A téma létjogosultságát igazolja viszont az, hogy az európai államfejlődés kezdetei az antik görögségre nyúlnak vissza, és az ókori államszövetségek példái forrásul, hivatkozással szolgáltak későbbi korok államelméleti gondolkodói, így Montesquieu és az amerikai *Federalist Papers* szerzői számára is.

Az OCD szócikkének szerzői⁴ szerint a görög világban már a Kr. e. 6. századtól találhatók föderális államok. A fogalmat olyan szervezetekre (organizations) alkalmazzák, amelyek valamely földrajzi vagy etnikai régió elkülönült városállamaiból, poliszáiból alakultak, hogy külpolitikai célokból egységet alkossanak, míg helyi szinten megmaradt önállóságuk és saját állampolgárságuk.⁵

A szócikk egyik szerzője, J. A. O. Larsen, ambíciózus monográfiában elemezte a görög föderális államok intézményeit és történetüket.⁶ Malíciózusan azt is mondhatjuk, hogy a könyv címéből csak a „görög” igaz, mert a tárgyalt képződmények nem föderálisak és nem államok, legalábbis e fogalmak mai értelmében. Márpedig az államnak és a föderációnak csak modern fogalma létezik. Egyébként kiváló történeti munkáról van szó, hiszen forrásokat tár fel, elemez és összegez. Nyilván problémát okoz az államtan művelője számára, hogy mind a föderális, mind az állam fogalmakat adottnak, és kortalannak tekinti, meghatározás és fenntartás nélkül alkalmazza az ókori Görögországra. A görög példák valójában az államszövetségekre, legjobb esetben a konföderációkra nyújtanak példát, de nem a föderatív, szövetségi struktúrákra. A félreértés forrása a szerző tisztázatlan fogalom-használata, amely az államok közötti együttműködés minden formáját a föderalizmus alá sorolja be.

A görög városállamok közötti szövetségeket a 19. századnak nemcsak német, hanem magyar tudományossága is meglehetősen pontossággal értékelte. Apáthy István 1878-ban megjelent *Nemzetközi jog* című könyvében megjegyzi az államszövetségről, hogy az „rendszerint kisebb államokból a végből keletkezik, hogy nagyobb hatalmassággá alakulva, magukat kifelé könnyebben védhessék. Ilyen szövetséget képezett az ókorban a görög és latin városok egyesülése”.⁷

⁴ A szócikk szerzői J. A. O. LARSEN és P. J. RHODES (Univ of Durham, UK). Larsen munkásságát az alábbiakban részletezem, Rhodes legismertebb munkája pedig az Arisztotelésznek tulajdonított Athéni állam című műhöz írt terjedelmes kommentár.

⁵ Simon Hornblower and Antony Spawforth (eds.) *The Oxford Classical Dictionary*. Third edition revised. Oxford University Press, Oxford, 2003. 591.

⁶ LARSEN: *Greek Federal States. Their Institutions and History*. Clarendon Press, Oxford, 1968.

⁷ APÁTHY: 57.

Larsen és Rhodes föderális államnak ítélik Boeotiát⁸, melyben ennek ellenére az egyes közösségeket városoknak tekintették; Attika viszont Athén városállama volt, amelynek alkotóelemei nem érték el a városokra jellemző autonómiát. A kevésbé városiasodott görög vidékeken egyes törzsi államok olyan egységeket alkottak, amelyeknek tagjai jelentős helyi önállósággal rendelkeztek.

A görög politikai irodalom nem is rendelkezett megfelelő fogalommal a föderáció megnevezésére, a *koinon* (közösség) és *ethnos* („nemzet, nyelvi csoport”) fogalmat használták.⁹ De nemcsak, hogy a klasszikus antikvitás politikai irodalma nem ismerte a fogalmat, de a Makedónia vagy Róma ellen létrehozni kívánt államszövetségek is elbuktak.¹⁰

A görög államfejlődés sajátossága a polisz létrejötte. A polisz az emberi együttélés, a politikai közösség olyan új mintáját teremtette meg az ókori magaskultúrák addigi bírodalmaihoz képest, ami önmagában érdekessé teszi a föderalizmus kérdését is.

Az önkormányzó, maga számára törvényt szabó közösség adja a polisz lényegét. Méretét tekintve kicsi volt, „a városállam legkedvezőbb kiterjedése az, amikor a lakosság száma legfeljebb akkora, amekorrát az autarkeiával rendelkező élet szempontjából jól át lehet tekinteni.” – írta Arisztotelész.¹¹ A bírodalom az uralkodó személye köré szerveződött. A hosszú életű, és a történelmet hosszú távon meghatározó bírodalmak, illetve a „percnyi életű” poliszok alternatívájából a kettő között elhelyezkedő területi királyságok nyitották meg az utat ahhoz a politikai közösséghez, amit a modern állam jelent.

A polisz alapvető jellemzői az autonómia és az autarchia. Milyen kapcsolat állt fent az autonóm egységek között?

Busolt klasszikus műve alapján következőképp osztályozhatjuk a poliszok közötti viszonyokat:¹²

1. Idegenjog,
2. Nemzetközi szerződések és alapelvek,
3. Függőségi viszonyok,
4. Szakrális célú szövetségek,
5. Államszövetségek és szövetségi államok.

⁸ A görög nevek átírásának problémájával, úgy tűnik, az európai tudományosság nem tud megbirkózni. A hazai tankönyvek nem fogadják el az MTA által megadott „magyaros” – pl. Arisztotelész – helyesírási szabályzatot, helyette a magyar ékezeteket latin írásmóddal kombinálva ún. „tudományos” (sic!) írásmódot követik (példánknál maradva: Arisztotelész).

⁹ OCD 591; NÉMETH: *A polisok* 31. skk.

¹⁰ FRIEDRICH 12.

¹¹ ARISZTOTELÉSZ: *Politika* VII, 4. 1326 b. Lásd a városállam terjedelmének kérdéséről MUMFORD, 180.

¹² BUSOLT terminológiájával az államközi kapcsolatokat (*Zwischenstaatliche Beziehungen*).

Idegenjog

Az idegenekkel való érintkezés legtermészetesebb közege a szomszédság, amely szükségessé tette a békességre való törekvést, és az elkerülhetetlen konfliktusok rendezését. Ezt érzékelteti az *Oxyrhynchosi Hellénika* (lásd még alább) leírása: „Létezik egy, a két állam¹³ által vitatott terület a Parnassos környékén, amely miatt már korábban is háborúskodtak. Ezen a vidéken gyakran legeltetnek mind phókisiak, mind lokrisiak, s amelyik fél történetesen észrevette a másikat, nagy csapatot gyűjtve elrabolta annak jószágait. Nos, korábban mindkét részről történt ilyesmi több ízben, de ezeket bírói úton és tárgyalással intézték el.”¹⁴ A történetíró által elmesélt esetben azonban a szomszédviszály nemzetközi bonyodalommá fokozódik, mert harmadik felet is bevonnak: „A lokrisiak, mivel ellenség pusztította földjüket, követeket küldtek a boiótokhoz, vádat emeltek a phókisiak ellen, és méltányos segítséget kértek, hiszen mindig baráti viszonyban álltak egymással.” A teljes történet amúgy jóval bonyolultabb, mert mindkét hadviselő felet ugyanaz a thébai csoport uszította a konfliktusra.

A kereskedelmi és katonai kapcsolatoknak köszönhető népességmozgások a polgárjog, és a – mai kifejezéssel élve – az állampolgárság kifinomult és differenciált rendszerének kiépítéséhez vezetett. Az idegenek legismertebb kategóriáját az Athénban élő, polgárjoggal nem rendelkező szabad idegenek alkották, a *metoikosok*. Számuk különböző időkben elérte a polgárok számának harmadát, sőt felét. Főleg iparral és kereskedelemmel foglalkoztak.¹⁵ Részvételük a polisz életében nélkülözhetetlen volt, ezért a polgárok zárt közösségére épülő rendszer nagyon is nyitott volt az idegenek – Ehrenberg kifejezésével a „fogadott gyerekek” – befogadására.

A metoikosok és a polgárok között elhelyezkedő, kivételezett jogállás volt az *ateleia* (a 6. századtól) és az 5. század végétől helyébe lépő *isoteleia*. Az ezzel a jogállással rendelkező idegenek kötelességei azonosak voltak a polgárokéval (a katonai szolgálat, vagy a *leiturgia*, a közösség számára teljesített vagyoni hozzájárulás terén), és nem terhelték őket többletkötelezettségek, például a metoikosok által fizetendő fejadó.¹⁶ Politikai jellegű aktív polgárjoggal azonban nem rendelkeztek.

Nagyon nehéz helyzetben voltak, akik útra keltek, mert biztonságukat jószé-
rivel semmi sem szavatolta. „Ha megérkezel egy városba, a legutolsó polgárnál is kevesebbet érsz, és olyan a helyzeted, hogy aki csak jogtalankodni akar, szabadon rád támadhat.” – panaszolja Xenophón.¹⁷ Lássunk egy szerződést arra

¹³ Phókis és Lokris.

¹⁴ Hell. Oxy. 21,1 NÉMETH: *Görög történelem* 219.

¹⁵ „... valóban idegen az, aki nem nyer el állami tisztségeket” – összegezte ARISZTOTELÉSZ: *Politika*, 1278a.

¹⁶ BUSOLT 299. Az Athéni állam magyar fordításában „polgári adót fizetők” néven jelennek meg (AP LVIII).

¹⁷ XENOPHÓN: *Emlékeim Szókratészről* 2,1.

vonatkozóan, hogy a város területén levő idegen védelemben részesüljön, és szankciót is felállít a szabály: „Az oiantheiai idegent ne hurcolhassák el chaleioni területen, se chaleionit az oiantheiai területen, se vagyonukat ne rabolja el senki; ha valaki mégis elrabolja, azt büntetlenül lehessen kifosztani.”¹⁸

A városok közötti utazások tették értékessé a *proxenia* intézményét is. Ez eredetileg a más városból érkezőkről való gondoskodást szolgálta, akár családok közötti hagyományos kapcsolat okán vagy pusztán az idegenek és látogatók iránti tisztelet kifejezéseként. A *proxenos* („vendégbarát”) a későbbiekben egyre inkább egyfajta diplomáciai képviselőt látott el, különböző szolgálatokat teljesített, melynek fejében kiváltságokat élvezett és különböző megtiszteltetésben, kitüntető címben részesült. A *proxenos* többnyire annak a városnak a polgára volt, ahol a szolgálatot a másik állam számára teljesítette.¹⁹

Nemzetközi szerződések és alapelvek

A városállamok közötti együttélést elsősorban a nemzetközi szerződéseknek tekinthető megállapodások szolgálták. Ezek három fő csoportja:

- a) békeszerződések,
- b) barátsági szerződések,
- c) szövetségi szerződések.²⁰

A szerződéseket különböző időtartamra, akár 100 évre kötötték. Kr. e. 420-ban „szövetséget kötöttek egymással száz esztendőre az athéniak és az argosiaiak, mantineiaiak és élisiek, mind magukra, mind a vezetésük alatt élő szövetségeseikre vonatkozólag, mindkét részről csel és ártó szándék nélkül, a földre és tengerre.”²¹

III. Amyntas makedón uralkodó (ur. Kr. e. 393–370), II. Philippos apja által a chalkidikiekkel ötven évre kötött szövetsége azért érdekes, mert a szokásos katonai segítségnyújtási formula mellett kereskedelmi, kiviteli és vámmegállapodásokat is tartalmaz. „Legyen szabad a szurok és mindenféle házépítő fa kivitele, valamint a hajóépítő fáé is, kivéve a fenyőt, amennyiben nem a chalkidikéi szövetségnek van rá szüksége; a szövetségnek azonban meg van engedve ennek kivitele is, ha ezt a kiszállítás előtt bejelentik Amyntasnak, és megfizetik az előírt vámokat.”²²

¹⁸ Oiantheia és Chaleion szerződése. NÉMETH: *Görög történelem* 171.

¹⁹ HEGYI et al., 356; OCD 1268.

²⁰ BUSOLT 1251. Szerződések gyűjteményei: H. BENGTSON: *Die Staatsverträge des Altertums*. II. Die Verträge der griechisch-römischen Welt von 700 bis 338 v. Chr. München, 1975; H. H. Schmitt, *Die Staatsverträge des Altertums*. II. Die Verträge der griechisch-römischen Welt von 338 bis 200 v. Chr. München, 1969. Magyarul NÉMETH: *Görög történelem*.

²¹ NÉMETH: *Görög történelem* 183.

²² Uo 227.

A szövetségre lépő városállamok érhetően kötöttek kereskedelmi és pénzre vonatkozó szerződéseket; erről Arisztotelész is említést tesz.²³ A korinthusi háború során a 394. évi knidosi csata után (ahol a spártai flottát tönkrevették) Rhodos, Knidos, Samos és más városállamok szövetségre léptek, és szövetségi pénz vezettek be.²⁴ Kisebb államok pénzverési unióra léptek egymással. Ilyen pénzverési szerződést tartalmaz egy stélé (kőtábla), melyet Mytilénében találtak. A szerződés szerint egyik évben Mytiléné, a másik évben Phókaiá verte fehéaranyból a közösen használt pénzt.²⁵

Végül, a Kr. e. 362/361-ben Athén által kötött szövetségi szerződés azért érdekes, mert először is a „nép üdvére” örök időre kötötték – ez a formula a Kr. e. 4. században terjedt el²⁶ –, másodsorban pedig a szerződő felek államformájának megváltozása esetére is segítséget ígérnek: „Ha valaki megtámadja Attikát, vagy megdönti az athéni demokráciát, vagy tyrannost vagy oligarchát juttat uralomra, nyújtsanak segítséget az athéniaiknak az arkadiaiak, achaiaiak, élisiek és phleiusiak minden erejükkel a lehetőség szerint, amint erre az athéniek felhívják őket”.²⁷

Külön kiemelendő e szerződések közül a *symmachia*, az „együtt harcolók” fegyveres szövetsége. Ez azért is érdekes, mert vezetését általában egy szövetségi tanács, a *synedrion* látta el. A spártaiak és aitoliaiak közötti szerződés így kezdődik: „legyen barátság és béke az aitoliaiakkal és fegyveres szövetség (*symmachia*)...”. A szövetség tartalma pedig: „kövessék a lakedaimóniakat oda, ahová azok hadjáratot vezetnek, szárazföldön és tengeren is, ugyanazt tartsák barátjuknak és ugyanazt ellenségüknek...”.²⁸ A közös ellenséggel elleni harcra létrehozott szövetség tartalma, hogy ugyanazokat tekintik barátnak, illetve ellenségnek. A barát és ellenség megkülönböztetését korunkban Carl Schmitt tekintette a politikai megkülönböztetés kritériumának.²⁹ Ez a meghatározás is az egyenlő városállamok szövetségére utal. Előfordulhatott azonban, hogy a szövetségen belül valamelyik állam hegemon helyzetben volt, például a 404-ben kötött szerződésben Athén vállalta, hogy ugyanazok a barátai és ellenségei, mint Spártának, és Spárta vezetését fogja követni. Az első külpolitikai céllal létrehozott szövetség a peloponnészoszi liga volt a Kr. e. 6. században Spárta vezetésével. Ennek Argos kivételével valamennyi peloponnésosi polis tagja volt. Háború esetén a tagállamok együttesen viselték a költségeket, a békés időkben nem fizettek adót. A tagállamok belső ügyeikben megőrizték teljes autonómiájukat.³⁰ A délosi szövetségben Athén különböző módon korlátozta a

²³ Pol. III 1280 b; *Retorika* I 1360.

²⁴ BUSOLT 1257. *A knidosi csatáról* HEGYI et al., 231.

²⁵ BUSOLT 1257. NÉMETH: *Görög történelem* 210.

²⁶ BUSOLT 1251, 1254.

²⁷ NÉMETH: *Görög történelem* 241.

²⁸ Uo 207.

²⁹ SCHMITT 18 skk.

³⁰ HEGYI et al., 143.

többi résztvevő önállóságát; ez abból is kiderül, hogy a második athéni tengeri szövetségben ígéretet tett arra, hogy ezek a beavatkozások nem fognak megismétlődni (a vezető szerep persze ebben is Athéné volt).³¹

Említést kell tenni a viszályokban békét és igazságot szolgáltatató döntőbíráskodásról is. „Később, mint Apollodóros elmondja Chronikájában, az athéniek és mytilénéiek döntőbíráshoz fordultak a terület ügyében, Periandros bíráskodott, és ő az athéniek javára döntötte el az ügyet.”³² A történetírók több más esetet is megörökítettek, mikor két város viszályában egy harmadik, felkért város bírái döntöttek. A bírák száma 3, 5, 17, de akár 301 is lehetett.³³ Spárta és Messéné vitájában Kr. e. 140 körül pedig 600 milétosi polgárból álló alkalmi testület döntött; ez volt a legnagyobb ismert döntőbírói testület az ókorban. Egy másik esetben pedig – a választottbíráskodásban ma is szokatlan módon – kétszintű döntés született: Korinthos és Epidauros vitájában Megara városát kérték fel döntőbírónak, Először 151 tagú bíróság, majd a vesztes korinthusiak tiltakozása után 31 megarai polgár döntött másodszor is Epidauros javára, mely ítélet ekkor már véglegessé vált.³⁴

A városállamok közötti szerződések mellett az íratlan alapelveknek is nagy jelentősége volt, például a hadviselés során betartandó szabályokat ilyen alapelvek határozták meg.³⁵

Függősségi (gyarmati) viszonyok

Az „anyaváros” a *métropolis* alapított gyarmatvárost (*apoikia*), mely önálló polis volt, és polgárai saját polgárjoggal rendelkeztek, nem az anyaváros polgárai voltak. A nagy görög gyarmatosítás során, főleg a 7. sz. első felében az anyavárosok (egyebek között Chalkis, Korinthos, Megara, Milétos) jelentős számú telepescsoportot bocsátottak ki. Erre általában azután került sor, hogy a delphoi Apollón-jósda beleegyezett a kiválasztott terület gyarmatosításába. A gyarmatváros alapítói (*apoikoi*) az anyaváros politikai, társadalmi és vallási mintái alapján alakították ki az új közösséget, azonban önálló polgárjoggal rendelkeztek.³⁶ A gyarmatosoknak az anyavároshoz való viszonyát jogilag szabályozták. Platón a Törvényekben – más ókori szerzőhöz hasonlóan – viszonyukat a gyerekek és szülők kapcsolatához hasonlítja.³⁷

Az athéni gyarmatosítás sajátos formája volt a *kléruchia*. A szegényebb athéni népességből kitelepülők új lakóhelyükön parcellát (*kléros*) kaptak meg-

³¹ OCD 65.

³² NÉMETH: *Görög történelem* 99. Ugyanerről ARISZTOTELÉSZ Ret. I 15, 1375b. Lásd még BUSOLT 1257 skk.

³³ BUSOLT 1258.

³⁴ HEGYI et al., 355

³⁵ Polyb. V 9,1; 11,3. Lásd PHILLIPSON művét a témáról.

³⁶ HEGYI et al. 126 sk. táblázatot is közöl a legjelentősebb métropolisokról és apoikiákról.

³⁷ PLATÓN Törv. VI 3, 754 b. Lásd erről FUSTEL DE COULANGES klasszikus művét is.

művelési kötelezettséggel. Ennek fejében fegyveresen kellett Athén érdekeit megvédeniük; továbbra is athéni polgárok maradtak (míg a helyi lakosok idegennek számítottak).³⁸

Szagrális célú szövetségek

A városállamok közötti szövetségek egyik formája az *amphiktyonia* – görög államok politikai és vallási szövetsége egy-egy jelentős szentély (köztük Delphoi) függetlenségének biztosítására.³⁹ Többnyire a kultikus hely környékének városállamai szövetkeztek, de például Apollón jóshelyének, Delphoinak védelmére szervezett *amphiktyonia* a legtöbb görög városállamot felölelte. Feladata a szentély ellen vétők megbüntetése volt, de Apollón és Delphoi védelmében szent háborút is indíthatott.⁴⁰ A történetírás négy ilyen szent háborút jegyzett föl.⁴¹ A delphoi *amphiktyonia* az első háborút Krisa (6. sz.), a másodikat és harmadikat Phókis (5–4. sz.), a negyediket már II. Philippos idején (340–338) Amphissa ellen vívta.

A görög államszövetségek formái

Busolt – a német államtan klasszikus felfogásának megfelelően – az államszövetségeket és a szövetségi államokat sorolja az államközi kapcsolatok utolsó csoportjába. A 19. századi német államtan a szűkebb értelemben vett államkapcsolatok alatt államok „tartós politikai természetű, jogi egyesüléseit” érti. E téren Jellinek különböztet a nemzetközi jogi és az államjogi kapcsolatok között. A nemzetközi jogi kapcsolat szerződésen nyugszik (ha úgy tetszik mellérendeltségi kapcsolat), míg az államjogi kapcsolat hatalmi viszonyon alapul. Ez nagyon lényeges distinkció, ugyanis ebből született a német államjog mind a mai napig meghatározó megkülönböztetése az államszövetség és a szövetségi állam között. Az államszövetségek nemzetközi jogi megállapodásból, a bennük részt vevő államok akaratából származnak. A szövetségi állam viszont önálló főhatalommal rendelkezik.⁴² Ez a megkülönböztetés – a nem jelentéktelen szerzőktől (Schmitt, Smend) származó kritikák ellenére – mély gyökereket vert a német jogtudományban. Herzog némi rosszallással meg is jegyzi, hogy még az európai

³⁸ NÉMETH: *Görög történelem* 359. BUSOLT 1271 skk.

³⁹ NÉMETH: *Görög történelem* 350. Németh: *A polisok* 289 skk.

⁴⁰ OCD 75.

⁴¹ OCD 1343.

⁴² „Der Bundesstaat ist ein aus einer Mehrheit von Staaten gebildeter souveräner Staat, dessen Staatsgewalt aus seinen zu staatlicher Einheit verbundenen Gliedstaaten hervorgeht.” JELLINEK 769.

integrációval kapcsolatos jogi fejtegetések is az „államszövetség vagy szövetségi állam” fogalmi kettősségében mozognak.⁴³

Sympoliteia - isopoliteia

Előfordult, hogy egymáshoz közel fekvő városok egyesültek, és ettől kezdve egyetlen polisban éltek tovább. A *sympoliteia* elnevezés a közös polgárjogra utal. Az egyesülés lehetett önkéntes, vagy a nagyobb állam akaratából eredő. A lényeg a létrehozott új közös állam volt. A korabeli szerzők ugyanakkor ellentmondásosan használják a fogalmat. Polybios például az achai és aitol szövettségben való tagságra utal, olyan államok esetében, melyek megtartották azonoságukat. Inkább az *isopoliteia* áll közelebb ehhez az elképzeléshez.⁴⁴ Az *isopoliteia* (vagyis „egyenlő polgárjog”) a Kr. e. 3. századtól kezdve használt kifejezés a polgárjogok egyenlőségére a független polisok között. A görög városállam egyéneknek vagy egész közösségnek adományozhatott polgárjogot.⁴⁵ A források többféle értelmezésre adnak alapot. 405-ben például Samos polgárai Athénben athéni polgárként cselekedhettek, noha Samos önálló városállam maradt. Argos és Korinthos szerződése alapján a 390-es években a két város polgárai kölcsönösen a másik polgáraként járhattak el. Az *isopoliteia* a hellenisztikus korban terjedt el, a polgárjog szigorú szabályainak fellazulásával. Az aitol szövetség ezt használta eszközként államoknak a szövetséghez való csatlósához.

Boiót liga

A delphoi *amphyktionia* egyik résztvevője, Boiótia a szervezője a talán legismertebb görög államszövetségnek.⁴⁶ A boiót szövetség Kr. e. 6. századi alapítására a szövetség szimbólumát (két oldalán bemélyedő pajzs) ábrázoló pénzérmék utalnak. A szövetség létezésére és szervezetére főleg a Kr. e. 5. századból maradtak fent dokumentumok. Ezek közül kiemelkedik az *Oxyrhynchosi Hellénika*, vagyis görög történet, melynek jelenleg ismert töredékei a Kr. e. 409 és 395 közötti évek egyes időszakait mutatják be. E történeti munka töredékeinek megtalálása megerősítette azok véleményét, akik szerint a görög városállamok közötti szövetségi formák a federalizmus első megjelenésének tekinthetők.

Az elsőként, 1906-ban megtalált, Londonban őrzött papirusz leírja a boióti szövetség szervezetét. Boiótia városainak belső életét úgy szervezték meg, hogy „minden városban négy tanács (*boulai*) volt felállítva, amelyeknek azonban

⁴³ HERZOG 853.

⁴⁴ OCD 1460.

⁴⁵ NÉMETH GYÖRGY (a *Görög történelem fogalommagyarázataiban* 358) szűkebb értelemben használja, illetve nem világos, hogy milyen különbséget lát a polgárjog adományozása és a „polgári jogok egyenlőségének” adása között?

⁴⁶ NÉMETH: A *polisok* 302. skk.

nem minden polgár lehetett tagja, hanem csak azok, akik bizonyos vagyonnal rendelkeztek. A tanácsok közül felváltva mindig az egyik vezette a várost és volt javaslattevési joga; indítványait minden ügyben a másik három elé terjesztette, és az vált érvényessé, amit mindnyájan elfogadtak.”⁴⁷ Ebből látható a városállam belső szerkezete. Az aktív polgárjoghoz (szavazás és hivatalviselés) valószínűleg a hoplita cenzust használták, vagyis a lovasságban vagy nehézgyalogosságban való fegyverzetel kellett rendelkezniük a polgároknak. E vagyoni cenzus alapján négy tanács működött, ezekből rotációs elv alapján az egyik vezető volt, ez javaslattevési jogot jelentett, és az érvényes döntéshez egyhangúság kellett. Valószínűleg a négy tanács külön-külön szavazott.

Ami a boiót városok közös ügyeit illeti: „a térség egész lakossága tizenegy kerületre volt osztva, amelyek egy-egy boiótarchost választottak... Hatvan tanácsost választottak minden boiótarchos után, és ezeknek költségeit maguk a városok fedezték. Hadsereget is felállított minden egység, részenként körülbelül ezer nehézfégyverzetű gyalogost és száz lovast.” Feltehetőleg tizenhét város vett részt a szövetségben, és ezek tizenegy választói körzetet alkottak. A körzetekben a városok súlyuk szerint szerepeltek. A szövetségben hegemon szerepet játszó Thébai egymaga két körzetet jelentett, máshol három város alkotott két körzetet, míg voltak városok, melyek 1/3 körzetnek számítottak. Egy körzet egy vezetőt, azaz a boiótarchost, hatvan tanácsost, ezer nehézfégyverzetű gyalogost (hoplitát), és száz lovast adott. A történetíró szavaival: „Hogy világosan fejezzem ki magam, a boiótarchosok számának megfelelően részesültek a közös javakból, teljesítették a szolgáltatásokat, küldték ki a bírákat, s vettek részt egyaránt minden jóban és rosszban. Ilyen volt tehát a politikai szervezete az egész népnek; a boiótok közös tanácskozását pedig Kadmeiában⁴⁸ tartották.” A máig azonosíthatatlan történetíró valóban világosan fejezi ki magát, amikor bemutatja a szövetségben résztvevő államok közötti súlyozás gyakorlati szervezeti következményeit. Boiótia Görögország középső részének egyik vidéke, meghatározó városa Thébai volt. A boiót konföderáció a részes városok közös kultúrájára, nyelvére, származására és vallására épült.⁴⁹ A szövetséget alkotó poliszok önállóságát a szövetség erősen korlátozta, de azért polisz-voltuk, vagyis autonómiájuk megfelelő szintje megmaradt.⁵⁰ Larsen értékelése szerint Boiótia olyan szövetségi képviseleti kormányzattal rendelkezett, amely hozzávetőleg a résztvevő államok polgárainak számarányában megfelelő képviseletre épült.⁵¹ A hadsereget a boiótarchosok irányították, de közülük az egyik töltötte be a főparancsnoki funkciót. Thuküdidész leírása a 424. évi délionai csatáról azt sugallja,

⁴⁷ NÉMETH: *Görög történelem* 217 sk.; illetve *Államéletrajzok* 110.

⁴⁸ Thébai ősi fellegrvára.

⁴⁹ OCD 246. A témáról FREEMAN: 120 ff.; BUSOLT 1409–1447. További irodalom R. BUCK: *History of Boeotia*. 1979; Uő: *Boiotia and the Boiotian League* 423–371 BC. 1994. H. Beister and J. Buckler (eds.), *Boiotika*. 1989.

⁵⁰ BUSOLT Bd I, 271.

⁵¹ LARSEN: *Greek Federal States* 35.

hogy a főparancsnoknak döntő szava volt, mert ebben az esetben egyedül ő akart a csatában részt venni, és a többiek ellenkező véleménye ellenére az ő akarat érvényesült.⁵² A pénzügyi terheket egységenként, vagyis arányosan viselték. Ezekkel a laza föderációra utaló megoldásokkal szemben az adatok szövetségi bírósági rendszer fennállására utalnak, ugyanis az egységek ugyancsak egyenlő arányban állítottak bírákat és esküdteket.⁵³ Ez a berendezkedés mintegy két generáción keresztül jól működött. Bukásához épp föderatív jellege vezetett, mert Spárta szerint sértette az Antalkidas-féle ún. „királybékében”⁵⁴ a városállamoknak biztosított autonómiát, ezért ragaszkodott felosztatásához, ami 386-ban meg is történt. Később többször újra alakították, és a hellenisztikus korokban is fennállt, de már nem az egyenlő körzetekre, hanem városokra építve.

A korai konföderációk másik példája az Olynthos városának vezetése alatt álló chalkidikéi szövetség, melyet az imént említett királybéke után csak katonai erővel tudtak felosztatni a spártaiak. Kormányzati berendezkedéséről kevés adat maradt fenn, ezek alapján megállapítható, hogy a tagvárosoknak közös polgárjoguk (*sympolitia*) és közös törvényeik voltak.⁵⁵ A szövetség tagjainak polgárai a szövetség bármely városában szerezhettek tulajdont és köthettek házasságot. A szövetség saját ezüstpénz vert, mely széles körben forgott a Balkánon. Tagjai olyan városok is lehettek Makedóniában – és erre itt volt először példa – amelyek az alapítókétól eltérő etnikai csoporthoz tartoztak. A szövetség saját bevétellel is rendelkezett, mert vámokat vetett ki a kikötőkben, és ez a szövetségi kormányzatot gazdagította.

Az említett királybéke fordulópontot jelentett a görög föderalizmus történetében, mert Spárta kieroszakolta minden szövetségi szervezet felosztatását. Értelemszerű kivétel volt a peloponnészoszi szövetség, amely nem föderális szervezet volt, hanem szabad városok szövetsége. A második athéni tengeri szövetség sem sértette a királybéke előírásait. A valóságban persze az első szövetség tagjai Spárta szövetségeseiből egyre inkább alávetettjei lettek, míg a másik szövetségben Athén egyre inkább alattvalókként bánt szövetségeseivel.⁵⁶ Larsen a királybékét tekinti a föderációk történetét meghatározó eseménynek, és eszerint foglalja munkáját.

Larsen korábbi műve szakít azzal a közkeletű állásponttal, hogy az ókor csak a közvetlen részvételen alapuló demokráciát ismerte, és a képviselőlet gondolata nem jelent meg. Ha elfogadjuk a föderalizmus megjelenését az ókori görög világban, akkor valóban a képviselőlet problematikájának is legalább csökevényes formában föl kellett merülnie, hiszen a föderációk egyik alapkérdése épp

⁵² THUKÜDIDÉSZ IV 91-93. 355-357. p.

⁵³ LARSEN: *Greek Federal States* 36.

⁵⁴ „a többi görög város, kicsi és nagy egyaránt, legyen független (autonomos)”, idézi HEGYI et al. 231.

⁵⁵ XENOPHÓN: *Hellénika* 5. 2. 12. Az irodalomból SWOBODA 212-8; BUSOLT 1501-7; EHRENBERG 324, LARSEN 58-78.

⁵⁶ LARSEN: *Greek Federal States* 170.

az, hogy a tagok akarata miképp jelenik meg a szövetségi döntéshozatalban. A boiót és a chalkidikéi szövetség nem elhanyagolható újdonsága volt egyfajta képviseleti kormányzat korai megjelenése. A képviseleti elv azt jelenti, hogy a szövetségi döntéshozás a tagállamok képviselőinek, vagy a belőlük álló testületeknek a kezében volt, mai áthallással egyfajta kormányköziség valósult meg. Ezzel szemben a szövetségi döntéshozás másik lehetséges módja a *demokratia* volt, vagyis a közvetlen néprésvételre épülő (szövetségi) gyűlés. Természetesen a kétfajta eljárásban más az egyes tagállam súlya a döntésben. Ezt jól példázza Thébai szerepe a boiót szövetségben: a körzetekre épülő, arányos képviseleti rendszerben előbb, kettő, majd négy körzete volt egyedül. Ennek ellenére ebben a rendszerben Thébának akarat érvényesítéséhez meg kellett győznie szövetségeseit, legalábbis a körzetek többségét. A demokratikus népgyűlésben sokkal könnyebben tudta akaratát érvényesíteni, immár nem meggyőzött, hanem irányított. Thébai befolyását viszont nagyon lecsökkentette, amikor egy város már csak egy boiotarchot küldhetett.⁵⁷ Anélkül, hogy messzemenő következtetéseket vonnánk le ebből a két forma viszonyára nézve, óhatatlanul is felöltik az emberben, hogy nem véletlenül lesz az amerikai föderális állam nagy kérdése is a képviseleti vagy közvetlen demokrácia viszonya, és hogy azon belül miként súlyozható a tagállamok szerepe.

Az aitóliai és az achai szövetség

A királybéke utáni korszak két egyik legbefolyásosabb szövetsége, az aitóliai szövetség Közép-Görögország jelentős területeire terjedt ki. Szervezeti felépítését illetően a szakirodalom nagyrészt egyetért abban, hogy a szövetségi tanácsba (synedrion) a tagállamok lakosságok arányában választottak képviselőket. Az erre utaló, a 3. század végéről származó dokumentum több szempontból is érdekes.⁵⁸ Szövetségi bírók döntéséről szól, amelyet két város (Melitaea és Perea) vitájában hozták. A két város *sympoliteiába* egyesült. A két város területét rögzítették, és a jóval kisebb Pirea jogait, és a nagyobb társhoz való viszonyát is szabályozták. Azt is meg kellett állapítani, hogy mi legyen, ha a két város a jövőben esetleg újra szétválík. Ebben az esetben a kisebb város egyetlen képviselőt választhat, a többi küldésének joga a nagyobb várost illetné. A följegyzésből több következtetés adódik: a szövetségi tanácsba a tagállamok választották a tagokat; a szövetségi tanács arányos képviseletre épült; az egy városba olvadást nem tekintették örökkévalónak, és előre szabályozták a szétválás módját; a pénzügyi hozzájárulások is arányosak voltak; szövetségi bíróságok működtek; bírói döntések is befolyással bírtak a szövetségi kérdésekre. Az ismert adatok szerint a szövetségi bírók a tanács erre a célra kijelölt tagjai lehettek, külön bírói testület létezésére nincs utalás. A vitában való eljárásukra való-

⁵⁷ LARSEN: *Greek Federal States* 172–175; Uő. *Representative government*.

⁵⁸ Idézi LARSEN: *Greek Federal States* 199.

színüleg nem szövetségi hatáskörnél fogva, hanem a vitázó felek kérésére került sor.

Főleg Polybios és Titus Livius munkáiból ismerjük a szövetség szervezetét. A szövetség legfőbb döntéshozó szerve a népgyűlés volt. Az imént említett *synedrion* több száz, adott esetben akár ezer főből is állhatott. Ezért a tanácsnak volt egy operatív ügyek intézésére hivatott, a tanács tagjaiból választott bizottsága; ennek létszáma legalább harminc fő lehetett. Tagjai az *apoklétoi* névre hallgattak. Hatásköre széles volt, mert a háború és béke kérdésében a népgyűlésnek kellett döntenie, de 190-ben az apoklétoi hathónapos fegyverszünetet köthettek.⁵⁹ A szövetség hatásköre elsősorban külügyi kérdésekre terjedt ki (beleértve a az aetóliai által buzgón gyakorolt kalózkodással összefüggő jogi ügyeket is).

Az aitoliai szövetség sok, hozzá lazábban csatlakozó szövetségnek az *isopoliteia* státusát biztosította. Ezek a közösségek nem küldtek képviselőket a tanácsba, és polgáraik nem szavazhattak a népgyűlésben, de kiváltságos helyzet élveztek a szövetséghez tartozó városokban, amelyekben átköltözésük esetén a polgárjogot is megkapták. Egy fennmaradt töredékben érdekes utalás történik egy bizonyos Epicles sajátos jogállására: a *koinopoliteia* valamilyen szövetségi polgárjogra utal, de nem tudni, milyen többletjogosítványokkal járt. Elképzelhető, hogy az *isopoliteia* jogállásával rendelkező városból érkezett polgárnak először a szövetségi polgárjogát jegyezték be.

A legismertebb görög szövetség a Peloponnésos északi részén létrejött, hosszú múltra visszatekintő achai szövetség volt. Szervezeti felépítése többször változott, a 3. században végbement változás után a korábbi kettő helyett egy stratégiát választottak egy évre, aki a szövetség vezetője volt. A népgyűlés évente négyszer ülésezett. A napi – elsősorban külpolitikai – ügyekkel a *damiurgoi* tíztagú testülete foglalkozott. Polybios szerint ugyanazokat a törvényeket, súlyokat és pénzeket használták. Megemlítené a *nomographoi* testülete, melybe egy felirat szerint 17 város 24 tagot és egy titkárt választott (feltehetőleg a lakosság arányában). Feladatuk a jogalkotással függött össze, a népgyűlés utasítására bejegyezték a törvényeket, illetve azokat időnként felülvizsgálták.⁶⁰ Azt, hogy városi és szövetségi szinten is működtek, a jogrendszer kettősségére utal.

Szövetségi bíróságok is működtek, például hazaárulási perekben. Számukról és működésükről nem sokat tudunk. Az biztos, hogy viszonylag kis létszámából álltak, és – valószínűleg az ügyek számára is tekintettel – idegen bírákat is alkalmaztak.⁶¹ A szövetség létét végül Róma terjeszkedése pecsételte meg a Kr. e. 2. században.⁶²

⁵⁹ BUSOLT 1526, LARSEN: *Greek Federal States* 200 skk, HEGYI et al. 358.

⁶⁰ BUSOLT 1572, LARSEN: *Greek Federal States* 234 sk.

⁶¹ LARSEN: *Greek Federal States* 236.

⁶² HEGYI et al. 358-360.

A lykiai konföderáció

Végül meg kell említeni a királybéke utáni időszakban létrejött szövetségek közül a lykiai konföderációt, ugyanis Montesquieu véleménye az volt, hogy „ha példát kellene felhozni egy szép szövetségi köztársaságra, én a lükiai köztársaságot választanám.”⁶³ Ez azért is érdekes, mert a 19. századi német szakirodalom megemlítését is mellőzte, noha a görögökkel ellentétben Busolt vagy Swoboda olvashatta volna Montesquieu művét. A mellőzés komolyabb oka lehet az, hogy a meglehetősen elszigetelt kisázsiai tartomány kultúrája ugyan görög hatásra alakult ki, de kötődése, háttere anatóliai volt, és jelenlegi ismereteink szerint mintegy 200 feliratból⁶⁴ megismerhető nyelvüket és írásukat is megőrizték a Kr. e. 4. század végéig.⁶⁵ Larsen mindenesetre a hellenisztikus kor konföderációi között sorolja fel és mutatja be.⁶⁶ Képviselési jellegű államszövetségüket a Kr. e. 2. században hozták létre. Ez a szövetség sok vonatkozásban szuverén állam vonásait mutatta, amely a háború indításának és a békekötésnek a jogával rendelkezett. Közös pénzt is verettek. A szövetség egyértelműen, de nem egyedülállóan Róma kegyeit kereste. Ennek egyik sajátos vonása volt Róma istenítése a szó szoros értelmében. Tacitus említi⁶⁷, hogy Szmirnában már Kr. e. 195-ben templomot emeltek Róma istennőnek, Róma városának tiszteletére (*Rhōmē Thea Epiphānes*).⁶⁸ A szövetség megismerésének egyetlen lényeges forrása Strabón műve (Geógraphika XIV. 665). Leírása szerint a *synedrion* választotta a szövetség vezetőjét, akit neveztek hadvezérnek (*strategos*), majd *lykiarch* néven említi Strabón. A hadvezéri mellett a főpapi funkciót is a *lykiarch* töltötte be. A *synedrion* feladatai között említi Strabón a szövetségi bíróságok megszervezését is. Ezek a többi szövetségben szokásosnál szélesebb hatáskörrel rendelkeztek, de a városok közötti vitában csak felkérésre döntöttek. A fennmaradt emlék szerint körülbelül Kr. e. 200-ban Araxai Orthagoras sikeresen perelt városa nevében egy vitatott földrészletet. A lükiaiak is éltek azzal a hellenisztikus korban elterjedt gyakorlattal, hogy idegen jogi szakértőket kértek fel törvénykezésre. Lykia sorsát a római hódítás pecsételte meg. Nem teljesítették Brutus követeléseit, aki ezek után elfoglalta az országot, melynek Kr. után 43-ban formálisan is megszűnt önállósága. Róma Rhodosznak ajándékozta, majd nyilván politikai megfontolásokból 167-ben szabadnak minősítették őket. Feltehetően a földtulajdon koncentrálása miatti társadalmi feszültségekből kirobbanó felkelések vezették Rómát arra, hogy ismét elvegye a lükiaiak szabadságát. Suetonius szerint Claudius császár „Lycia lakosait megfosztotta szabad-

⁶³ MONTESQUIEU 9. III. 218.

⁶⁴ A feliratok összegyűjtve olvashatók *Tituli Asiae Minoris* (TAM) 1–2.

⁶⁵ OCD 895.

⁶⁶ LARSEN: *Greek Federal States* 240–263.

⁶⁷ TACITUS: *Annales* iv. 56.

⁶⁸ LARSEN: *Greek Federal States* 245

ságuktól, mert halálos ellenségeskedésben éltek egymással; a rhodusiakét azonban visszaadta, minthogy megbánták régi bűneiket.”⁶⁹

Róma

Az *amicitia* a *proxenia* intézményéhez hasonlatosan idegen családok közötti magánjellegű barátságból fejlődött közjogi intézménnyé, városállamok közötti barátsági szerződéssé. Suetonius jegyezte föl Claudius külpolitikájáról, hogy „felolvastatott egy régi görög nyelvű levelet, melyet a senatus és a római nép intézett Seleucus királyhoz, barátságot és szövetséget (*amicitia et societas*) ígérve neki arra az esetre, ha vérrokonait, Illium lakóit minden teher alól fölmenti.”⁷⁰ Bár az *amicitia* formailag nem járt jogi kötelezettséggel, a gyakorlatban igen erős kötődést, sőt függést is eredményezhetett.⁷¹ Az archaikus korban a latinokkal még egyenlőségen (*aequitas*) alapuló szövetségi szerződéseket (*foedera*) kötöttek, akárcsak az itáliai városállamokkal. Róma hódításai nyomán az egyenlőség és a kölcsönösség eleme formaivá vált, majd Róma egyértelmű hegemoniája váltotta föl. A *foedus aequum* jelölte az egyenlők szövetségi szerződését. Alapeleme a másik félnek ellenséges támadás esetén nyújtandó katonai segítség volt. Az első ilyen jellegű ismert szerződést Spurius Cassius Vecellinus consul kötötte Kr. e. 493-ban a latinokkal. E szerződés egy példánya még létezett Cicero idején (*Pro Balbo* 53).⁷² A *foedus iniquum* névvel jelölt szerződésben⁷³ a Rómával szerződő élismerete „a római nép felségét (*maiestas*)”, és köteles volt szükség esetén katonai erőt bocsátani Róma rendelkezésére. Ezt a klauzulát alkalmazza például az a szerződés, amelyet Róma az aitol szövetséggel kötött 190-ben.⁷⁴

Róma a szerződésekkel együttműködést keresett, vagy legalábbis a másik fél semlegességét igyekezett biztosítani, de hosszú távon a másik fél önállóságától való megfosztását és római klienssé tételét eredményezte.⁷⁵ Ezért a föderalizmus előképeiről beszélni Róma esetében annyi értelme sincs, mint a görög politikai világban. Még egyértelműbben az alávetésre irányultak azok a szerződések, amelyeket Róma itáliai katonai szövetségeseivel kötött (*socii*). A szövetséges közösségek elvben függetlenek maradtak, de a gyakorlatban Róma alattva-

⁶⁹ SUETONIUS: *A caesarok élete*. CLAUDIUS 25.3. BORHY 282.

⁷⁰ SUETONIUS: *A caesarok élete*. CLAUDIUS 25.3. BORHY 282.

⁷¹ OCD 72.

⁷² OCD 602, 301.

⁷³ A kifejezést használja például LIVIUS xxxv. 46. 10. A magyar szakirodalomból lásd HAMZA: A nemzetközi kapcsolatok 757.

⁷⁴ LIVIUS xxxviii. 11. LARSEN 438 skk.

⁷⁵ A római jog története és intézményei 64-67.

lói lettek. Róma megalopolisszá vált, majd birodalmat kovácsolt (a keleti birodalmak fővárosai csak királyi székhelyek voltak).⁷⁶

A városállami eredet és a világbirodalom közötti kapcsolatot Róma egy addig ismeretlen gyakorlattal, a polgárjog kiterjesztésével teremtette meg. Róma politikai sikerének okai között kiemelkedő helyen szerepel az, hogy – mint többek között Toynbee kimutatta – nagyvonalúan bánt szövetségeseivel, továbbá nagylelkűen szabályozta szövetségeseinek és alattvalóinak állampolgárságát. Ugyancsak hozzájárult Róma politikai sikereihez a kettős állampolgárság intézményének alkalmazása, amelynek eredményeként a birodalomhoz csatolt területek lakói egyszerre voltak a helyi politikai közösség és az „egyetemes városállam”, Róma polgárai.⁷⁷ A Kr. utáni 2. században is a kortársak úgy tekintettek a római birodalomra, mint a városállamiság betetőzésére. Aelius Aristides (Kr. u. 117–181 körül), Kisázsiaiban élő szofista orátor állítólag Antoninus Pius császár előtt 143-ban mondott szónoklatában így fogalmazott: „A világ közös demokráciája jött létre egy ember, a legjobb uralkodó és hadvezér alatt; mindannyian a közös agorán jönnek össze... A különböző városokban élő sokak a te polgártársaid, noha számosan sose látták ezt a várost.”⁷⁸ A szerző számára a császár megismerélyesíti a városállami demokrácia és az egyetemeség egységét.⁷⁹

Róma világbirodalomná válása a görög szövetségek elsorvadását is magával hozta, illetve a Kr. e. 146 utáni időszakban a birodalmi helyi kormányzás eszközeként szolgáltak.

Következtetések

A görög tapasztalatok hasznosíthatók a föderalizmus általános tanához is, és hozzájárulhatnak a föderalizmus fogalmi leképezéséhez. Így:

- a föderalizmus az államok közötti viszonyok rendszerében helyezkedik el,
- a tag felől nézve van külső és belső dimenziója (akárcsak a szuverenitásnak),
- a külső vonatkozás a többi alkotó taghoz való viszony,
- belső akaratképzési rend,
- tanulságos, hogy mi váltja ki a szövetségbe lépés igényét vagy szükségét.

Az ókorban ennek elsősorban katonai okai voltak, a háborús szövetségek sok esetben csak egy-egy háborúra jöttek létre. Némelyik konföderáció azonban hosszú életűnek bizonyult, még a többszöri feloszlítás ellenére is. Ez esetben a kisállamok életképessége vagy egyszerűen túlélése volt a tét. Emögött meghú-

⁷⁶ Ennek egyes jogi vonatkozásairól HAMZA: *Jogösszehasonlítás* 100.

⁷⁷ TOYNBEE 170–173.

⁷⁸ Oliver § 60, 64

⁷⁹ HAMMOND 302.

zódott az az ellentmondás vagy fogyatékoság, ami az ókori államberendezkedések korlátaiban rejtett, a kisméretű polisok megnövelésének lehetőségeinek keresése. Ennek értelemszerű útja volt a kis polis szerkezetét megőrző, de annak erejét növelő szövetség. A városállam növelése hódítással volt lehetséges: a szomszédos területek elfoglalásával, amivel Spárta kísérletezett, vagy hegemoniára törekvéssel, mint Athén. Mindkettőnek lényege a polis eredeti szerkezetének – zártságának, kis méretének, részvételen alapuló politikai berendezkedésének – megőrzése, más szóval a területi állammá átalakulás nélküli terjeszkedés. A szövetségi berendezkedés alapján nem a terjeszkedést szolgálta, hanem a polis kis méreteiből eredő korlátok legyőzését. Létrejöttét a külső fenyegetettség mozdította elő.

Irodalom

- A római jog története és intézményei. Brósz Róbert és Pólay Elemér tankönyvének alapulvételével írta FÖLDI ANDRÁS és HAMZA GÁBOR. Nemzeti Tankönyvkiadó, Budapest, 1996.
- Államéletrajzok. Budapest, Századvég, 1994.
- APÁTHY ISTVÁN: *Nemzetközi jog*. Budapest, Franklin társulat, 1878.
- ARISTÓTELÉS: *Az athéni állam* (ford. Ritoók Zsigmond). Budapest, Akadémiai, 1954.
- ARISZTOTELÉSZ: *Politika* (ford. Szabó Miklós). Budapest, Gondolat, 1969.
- Beister, H. and Buckler, J. (eds.), *Boiotika*. 1989.
- BENGTSON, H.: *Die Staatsverträge des Altertums*. II. Die Verträge der griechisch-römischen Welt von 700 bis 338 v. Chr. München, 1975;
- Borhy László (szerk.), *Római történelem. Szöveggyűjtemény*. Budapest, Osiris, 2003.
- BUCK, R.: *Boiotia and the Boiotian League 423–371 BC*. 1994.
- BUCK, R.: *History of Boeotia*. 1979;
- BUSOLT, GEORG: *Griechische Staatskunde*. C. H. Beck, München, Band 1, 1920; Band 2, 1926.
- EHRENBERG, VICTOR: *Der Hellenische Staat*. Leipzig, eubner Verlagsgesellschaft, 1957.
- FREEMAN, E. A.: *A History of Federal Government in Greece and Italy*. London, Macmillan, 1893.
- FRIEDRICH, CARL J.: *Trends of Federalism in Theory and Practice*. London, Pall Mall Press, 1968.
- FUSTEL DE COULANGES: *Az ókori község*. Budapest, 1883. (ELTE Eötvös Kiadó 2003, hasonmás kiadás)

- HAMMOND, MASON: *The City in the Ancient World*. Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1972.
- HAMZA GÁBOR: A nemzetközi kapcsolatok jogi szabályozásának kérdése az antikvitásban. *Állam- és Jogtudomány* 1987–88. XXX/3–4.
- HAMZA GÁBOR: *Jogösszehasonlítás és az antik jogrendszerek*. Budapest, KJK, 1998.
- HEGYI DOLORES, KERTÉSZ ISTVÁN, NÉMETH GYÖRGY, SARKADY JÁNOS: *Görög történelem a kezdetektől Kr. e. 30-ig*. Budapest, Osiris, 2003.
- HERZOG, ROMAN: 'Államkapcsolatok', in Takács Péter (szerk.), *Államtan*. Budapest, Szent István Társulat, 2003. 847-866.
- Hornblower, Simon and Spawforth, Antony (eds.) *The Oxford Classical Dictionary. Third edition revised*. Oxford University Press, Oxford, 2003.
- JELLINEK, GEORG: *Allgemeine Staatslehre*. Berlin, Springer, 1929.
- LARSEN, J. A. O.: *Greek Federal States. Their Institutions and History*. Oxford, Clarendon Press, 1968.
- LARSEN, J. A. O.: *Representative Government in Greek and Roman History*. 1955.
- LIVIVS: *A római nép története a város alapításától*. Budapest, Európa, 1982.
- MONTESQUIEU: *A törvények szelleméről*. Budapest, Osiris, 2000.
- MUMFORD, LEWIS: *A város a történelemben*. Budapest, Gondolat, 1985.
- NÉMETH GYÖRGY: *A polisok világa*. Budapest, Korona, 1999.
- Németh György (szerk.), *Görög történelem. Szöveggyűjtemény*. Budapest, Osiris, 2003.
- OLIVER, J. H.: The Ruling Power. *Transactions of the American Philosophical Society*, Philadelphia, NS 43, pt. 4., 1953.
- PHILLIPSON, COLEMAN: *The International Law and Custom of Ancient Greece and Rome*. 1911.
- PLATÓN: *Törvények* (ford. Kövendi Dénes). *Platón összes művei III. kötet*. Budapest, Európa, 1984.
- RHODES, P. J.: *A Commentary on the Aristotelian Athenaion Politeia*. Oxford, 1981.
- RIKER, WILLIAM H.: 'Federalism', in Greenstein, Fred I. and Polsby, Nelson W., *Handbook of Political Science, volume 5. Governmental Institutions and Processes*. Reading etc., Addison-Wesley Publishing Company, 1975. 93-172.
- SCHMITT, CARL: *A politikai fogalma*. Budapest, Osiris – Pallas Stúdió – Attraktor, 2002.
- SCHMITT, H. H.: *Die Staatsverträge des Altertums. II. Die Verträge der griechisch-römischen Welt von 338 bis 200 v. Chr.* München, 1969.
- SWOBODA, HEINRICH: *Lehrbuch der griechischen Staatsaltertümer*, 1913.
- TACITUS: *Összes művei I-II*. Budapest, Európa, 1980.
- THUKÜDIDÉSZ: *A peloponnészoszi háború*. Budapest, Európa, 1985.
- Tituli Asiae Minoris (TAM)* 1-2.

TOYNBEE, ARNOLD: *Válogatott tanulmányok*. Budapest, Gondolat, 1971.

XENOPHÓN: *Emlékeim Szókratészről* (ford. Németh György). Budapest, Európa Könyvkiadó, 1986.

PÉTER PACZOLAY

ANCIENT FEDERAL STATES

(Summary)

The paper inquires whether it is appropriate the use of „federal state” in ancient times. It explores the different forms of cooperation among states in ancient Greece, and the specific legal regulations related to foreigners. In this context analyses the legal rules applied to foreigners; international treaties and agreements; colonial relations; and the leagues formed for sacral purposes (*amphiktyonia*). It uses as examples historical documents dating from the times of the different Greek leagues, such as the Boeotian, the Chalcidic, the Aetolian, the Achaean, and the Lycian confederacies. Finally it refers shortly to the different forms of inter-state relations in the Roman empire.

The specific form of the Greek city-state, the *polis*, tried to exceed the difficulties due to its rather small sizes by entering into different forms of larger interstate relations.

The paper reaches the conclusion that the ancient experiences might be useful for the elaboration of the modern theory federalism. Actually, Greek examples were widely used by Montesquieu and the authors of The Federalist Papers.

PAPP ISTVÁN GÉZA

A „modern klasszicizmus” hagyománya a perbeszédben^{*}

„A retorika mindenütt-megjelenését
semmi sem korlátozza”
(Hans-Georg Gadamer)¹

1. A nyelv, a jog és a szóbeliség

Praemissis premitendis, azaz kezdeni nehéz – indítja egy írását Somlyó György.² Hozzáteesszük, hogy a folytatás bevezetése, mely a tárgy természetéből adódóan, nem ígérheti a lezárást, sem könnyű vállalkozás. A dolgozat írója folytatást ígér, de az elmélkedés lezárásával nem kecsegteti az olvasót, sőt annak ismétlődő felelevenítésére igyekszik buzdítani az érintetteket. Különösen pedig a közvetlen, a szóbeli véleménycserére, mert Friedrich Schleiermacher megállapításával ért egyet: „Az eleven dialógus nélküli, egyedül az írás által történő közlés mindig halállal zárul.”³ Egyre nehezebb pedig elvállalni a verbális diszkussziót, mert az erdélyi író-filozófus, Székely János megállapításával: „Megromlott a szó lelkiismerete”⁴ és Zolnai Bélát idézve: „...az írott szó jogi értéke magasán fölötte áll az »adott szónak«”.⁵ Való igaz: „Túl sok a szó. Kevés az ige. Azaz: kevés a hiteles szavunk. A teremtő szó, amely jó irányba mozdít. Olyan szó, amellyel nyugodtan azonosulhat az ember, mert úgy érzi egyértelmű, s ha követi nem hordoz magában meghasonlást.” – „...ha a szót tettnek, cselekvésnek, *igének* szánod, akkor annál inkább.” – folytatja később Cs. Gyimesi

^{*} A dolgozat folytatása egy előző tanulmánynak. PAPP ISTVÁN GÉZA: A költői minták használata a perbeszédben. *Act. Jur. et Pol. Szeged*, Tom. 55. Fasc. 19., 1999. (Veress József Emlékkönyv) 245–256. Része egy készülő, az igazságügyi retorikával foglalkozó nagyobb munkának.

¹ H-G. GADAMER: Retorika, hermeneutika- és ideológiakritika. In. *Filozófiai hermeneutika* (szöveggyűjtemény), A Filozófiai Figyelő Kiskönyvtára 4. köt. Bp., 1990. 176. p.

² SOMLYÓ GYÖRGY: A Weöres-levelek. In. *Holmi*, 2004/4. 375. p.

³ Idézi BACSÓ BÉLA: Pszichoanalízis és hermeneutika. In. *Holmi*, 1990/6. 1284. p.

⁴ SZÉKELY JÁNOS: *A valódi világ*. Osiris–Századvég, Bp. 1995. 237. p.

⁵ ZOLNAI BÉLA: A látható nyelv. (1926) In. *Reprika*, 33–34. 1998/11–12. 277. p.

Éva.⁶ – Szükséges tehát a folyamatos eszmecsere, a nyelv (langue), a jogtudomány (iurisprudentia) és a beszéd (itt a „parole” szűkebb értelmében) szembenállásának és egymásra hatásának kérdésköréről. – Mikó Imre a 20. század második fele Erdélyének (nem véletlen, hogy több kisebbségen alkotó szerzőt idézünk!) egyik legjelentősebb jogtudósa, élesen veti föl a hermeneutikai és egyben retorikai problémát: „...a nyelv és a jog a társadalmat más-más irányból metszi. A nyelv fejlődésének öntörvényei vannak, a társadalomfejlődés egyes szakaszaitól függetlenek; a jog azonban mindig egy bizonyos társadalmi rendszer hatalombirtokosainak érdekeihez igazodik.”⁷ Ő majd az ellentmondás áthidalásának, a „kibékítés” történetének – több tanulmányban történő – felvázolásával eljut a polgári társadalmak kiküzdötte „jogtudó értelmiség” (Bónis György professzoré a kifejezés) montesquieu-i ideáljáig, mely ma is érvényes: „...törvényekben járatos, szónoki képességekkel rendelkező, a tömegek nyelvén szóló értelmiségiekre lett szükség, akik megállják helyüket a parlamenti szószéken: az államigazgatás irodáiban és a bírósági pulpitus előtt.”⁸ Helyesen teszi hozzá e tanulmány végén: „A jogász nem vált fölöslegessé közéletünkben [...] új feladata a jogtudat és jogismeret elmélyítése.”⁹ Nem feleslegesen idéztük kissé hosszabban Mikó Imre gondolatait, mert mai aktualitású elméleti és gyakorlati (oktatási, képzési) problémákra és teendőkre hívja föl a figyelmet már az 1970-72-es tanulmányaiban.

Nézzük először röviden a nyelv és a jog kérdését a legújabb szakirodalom tükrében, melyben természetesen a klasszikus reminiscenciák is világosan felismerhetőek. Nem méltathatjuk, vagy recenzálhatjuk itt Adamik Tamás, A. Jászó Anna, Aczél Petra: *Retorika* című régen várt összefoglaló kötetét, és csak emlékeztetünk ismételtén Wacha Imrének A korszerű retorika alapjai munkájára, melyeknek szemléletét itt is felhasználjuk.¹⁰ Az ELTE BTK Filozófiai Intézete és az MTA TKI Nyelvfilozófiai Kutatócsoportjának 2003 októberében rendezett, „Nyelv, érvelés, meggyőzés” című konferenciája azonban sok új, e dolgozatban is hasznosítható meglátással gazdagította retorikai-hermeneutikai gondolkodásunkat (Békés Vera, Kenesei István, Vígh Éva, Bacsó Béla és Losonczi Péter munkáira gondolunk elsősorban¹¹). A retorika és a hermeneutika egymásrataltságát a klasszikus szakirodalom (Arisztotelésztől Gadamerig) valójában már az első exegéták és a patrisztikus kor szerzői (Lásd Augustinus: *De doctrina christiana*) is kiemelik vagy legalábbis érzékeltetik. A két diszciplína rokonságáról szólva most Kibédi Varga Áron a jogtudományt is

⁶ CS. GYIMESI ÉVA: Erkölc és rémület között... In. *Hovágy a hazában*. Pesti Szalon Könyvkiadó, Bp., 1993. 359.; 362. p.

⁷ MIKÓ IMRE: Nyelv és jog. In. *Válogatott egy témára*. Kriterion, Bukarest, 1981. 25. p.

⁸ MIKÓ IMRE: Jogász a közéletben. *Uo.* 98. p.

⁹ *Uo.* 111. p.

¹⁰ ADAMIK TAMÁS, A. JÁSZÓ ANNA, ACZÉL PETRA: *Retorika*. Osiris tankönyvkiadó, Bp. 2004.; WACHA IMRE: *A korszerű retorika*... Szemimex Kiadó, Bp. é. n.

¹¹ *Világosság*, 2003/11–12.

érintő, az előbbieket jórészt összefoglaló nézeteire hívjuk föl a figyelmet. A szegedi születésű, Hollandiában élő izzik-vérig magyar költő-akadémikus így fogalmaz: „Ha a nyelv és a valóság között nem volna semmi eltérés, értelmezésre nem lenne szükség. [...] A jogászok arra törekednek, azért használják gyakran a pontatlan közhasználattól eltérő és a laikus számára nem mindig érthető kifejezéseket, hogy az általuk megfogalmazott szövegeket ne lehessen többféle módon értelmezni. [...] Ugyanakkor a pusztá tény, hogy létezik jogi hermeneutika, hogy léteznek perek és bíróságok azt bizonyítja, hogy a tökéletes egyértelműség lehetetlen. [...] szükség van hermeneutikára, mely az utóbbi évszázad írásbeli kultúrájában nem más, mint *fordított retorika*. A szóbeli kultúra idején a retorika az ékesszólás tana volt, az írásbeli kultúrában viszont azok, akik retorikát tanulnak, ezt a tudást elsősorban arra használják, hogy a leírt vagy nyomtatott szövegekben meghúzódó érvelésrendszeri fedezzék fel. Az értelmezés művészete itt egybeesik az ellenfél retorikájának, rejtett intencióinak a felkutatásával. Ez a fajta retorikai hermeneutika jellemző mind a bírósági tárgyalásokra, mind a politikai és teológiai vitákra.”¹² Tegyük hozzá, hogy a bírósági tárgyaláson a verbalitás ismételt primátusával (kontradiktórius eljárás) megerősödni látszik az érvelés és értelmezés priméren retorikus jellege. – Tehát az ősi, ha nem is a Huizinga által leírt „ócsárlási versenyekhez” térünk vissza, de Achilles pajzsán volt látható, az Iliasban megörökített szóbeli bírósági tárgyalás méltóságához.¹³ Ez, ha nem is küszöbölheti ki a félreértést és -magyarázást, a lehetőségét igen nagy mértékben korlátozza. Molnár Imre professzor idézi Celsust, aki ezt mondta: „a jog a jónak és a méltányosnak a művésze”.¹⁴ Ez pedig valójában a közvetlenségben és kötetlenségben; a személyes, a szóbeli kommunikációban érvényesülhet a lehető (!) legteltjesebben. Mai elveinkről, távlatainkról Cséka Ervin professzor így fogalmaz: „A tárgyaláson elhangzó perbeszédeknek minden tárgyalási rendszerben nagy jelentőséget tulajdonítanak. A perbeszéd ugyanis az *egyetlen lehetőség* az egész büntető eljárásban arra, hogy a felek és képviselőjük az ügyben elfoglalt ténybeli és jogi álláspontjukat *összefoglalóan, élőszóval* kifejthessék. A perbeszéd célja pedig az, hogy a felek a bíróságot indokolt állásfoglalásuknak megfelelő érdemi határozat hozatalára indítsák. A perbeszéd (vádbeszéd, védőbeszéd) tartalmi, formai (retorikai) részletkérdéseit a gyakorlat dolgozza ki...”¹⁵ Igaz azonban, hogy még akkor sem lehet a bíró (esküdtszék stb.) a megdönthetetlen bizonyosság birtokában, hiszen „a tapasztalati világunkat leképező nyelviség és retorika határtalan körében” (mimika, a gesztusok retorikája stb.), a meggyőzés művészetében

¹² KIBÉDI VARGA ÁRON: Narráció és kommunikáció. In. *Világosság* 2002/2–3. 131–132. p.

¹³ J. HUIZINGA: *Homo Ludens*. Atheneum, Bp. 1944. (ford.: Máthé Klára) reprint: Universum Kiadó, Szeged, 1990. 86–89. p.

¹⁴ MOLNÁR IMRE – JAKAB ÉVA: *Római jog*. Diligens BT. Szeged, 2001. 51. p.

¹⁵ CSÉKA ERVIN: A büntetőtárgyalási rendszer. *Act. Jur. et Pol. Szeged*, Tom. 55. Fasc. 19., 1999. (Veress József Emlékkönyv) 75. p.

a legfőbb eszköz az arisztotelészi „hihetőség, valószínűség” maradt.¹⁶ Az orátor szükségképpen csak részben az értelemre, éppen úgy az érzelmekre is apellál. Ciceró, aki Molnár Imre professzor szavaival: „...elsősorban politikus volt, de munkáiban a jogtudomány filozófiai fogalmait mutatja be és számos jogi fogalom leírásával is gazdagította a jogtudományt”,¹⁷ a gyakorlatban éppen a „hihetőséget” helyezi az előtérbe. Víg Éva tanulmánya is emlékeztet rá: „Már Ciceró felhívta a szónok figyelmét, hogy – akár a jó színész – mindig ügyeljen a valóság és az illendőség (decorum) törvényszerűségére, és a helyzetnek megfelelő álarcokkal alkalmazkodjék a retorika szabályai szerint (Ciceró: *De oratore* II. 34.).”¹⁸ Megállapítható az is, hogy napjainkig érvényesül egy (Szókratész)–Platon–Arisztotelész–Ciceró–Szent Ágoston hatásmechanizmus-modell, amelyben alapvető szerep jut Cicerónak, aki nem csupán az antik görög és a latin kultúra között összekötő kapocs, de a rétor-jogászt tekintve etalonnak, a 21. században újabb „reneszánszát” élheti meg.¹⁹ A tények és azok nyelvi megjelenítése, valamint a jogi kategóriák viszonyáról szólva ki kell emelni Kenesei István (többek között Nagy Ferenc jogászprofesszor segítségével is támaszkodó) gyümölcsöztethető gondolatokat tartalmazó tanulmányát. (Jogi szemantika: problémafelvetés és kutatási program.)²⁰ Kenesei „egy elképzelt, ideális képet” vázol fel a bírósági tárgyalás egy szegmentumáról, amelyet maga is tovább árnyal, tekintve, hogy a „nyers tények” nyelvi ábrázolása – mint már szóltunk róla – sohasem fedheti, csak megközelítheti a valóban történeteket. A nyelvi reprezentáció és a jogi kategóriák megfeleltetése pedig – ahogy a szerző rámutat – további problémák elé állítják az ítélkezőt. Gadamert idézzük, aki leszögezi: „...kettős feladat állt a jogtudomány előtt már a római jog recepciója óta. Akkor ugyanis nem csupán meg kellett érteni a római jogászokat, hanem ugyanakkor alkalmazni is kellett a római jog dogmatikáját az újkori kultúra világára.”²¹

– Ismételt továbbgondolást és kiegészítést remélve, ide iktatjuk a nyelvész-professzor első, sematikus ábrázolását a lényegében retorikai szituációról:²²

¹⁶ Lásd *Retorika*. Ford.: Adamik Tamás. Gondolat, Bp., 1982. 12. p.

¹⁷ MOLNÁR IMRE – JAKAB ÉVA: i. m., 62. p.

¹⁸ VÍGH ÉVA: A viselkedés retorikája és Tesaurus. In: *Világosság*, 2003. 11–12., 125. p.

¹⁹ Lásd ANDRÁSI DOROTTYA: *Francesco Petrarca: Africa*. Doktori (PhD) dolgozat, Szeged, 1998. 65–66. p. (kézirat).

²⁰ In: *Világosság*, 2003/11–12. 63–70. p.

²¹ H-G. GADAMER: i. m. 21. p.

²² KENESEI ISTVÁN: i. m. 66. p.

nyers tények → nyelvi reprezentáció → jogi kategóriák (Btk.)



jogi eljárás



szubszumálás (besorolás)



döntés

Klasszikus és koronként meg-megújuló retorikai, hermeneutikai kérdéseket vet fel az útkereső írás, melynek alábbi meritumával egyet kell értenünk: „A jog rendszerében, gyakorlatában a denotátumok körének egyértelmű és kétségbevonhatatlan meghatározásának érdekében a nyelvi megnyilatkozások jelentését a lehető legnagyobb mértékben egyértelművé és ugyanakkor a jogi kategóriák számára értelmezhetővé, összehasonlíthatóvá kell tenni. A jelentések »alakításának« és összehasonlításának ez a folyamata a »jogi szemantika« területe, amelynek kutatása nyelvészek, jogelmélettel foglalkozó kutatók és nyelvfilozófusok feladata lehet a jövőben.”²³

2. A „klasszikus” kulturális hagyomány a perbeszédben

„Mi a klasszikus?” – teszi föl a kérdést T. S. Eliot az 1963-ban, a londoni Vergilius társaság ülésén elhangzott előadásának címében.²⁴ Tamás Attila a költő választát röviden és lényegretörően foglalja össze: „...a klasszikus a káosz ellenében mindig a szabadságot védi. Vállalja a múltat a jövő hitével, hiszen enélkül a múlt sem lehet az *övé*, csak egy kihalt kultúráé. A valódi klasszikus soha nem a részhez, a provinciához kötődik, hanem mindig a nagy Egészhez, Európához [...] Átvesszi hagyományteremtésre képes formák örökségét – tudván, hogy más korok mindig más változatait kívánják meg az egykori mintáknak. Vállalja a társadalmat megfinomító általános érvényű erkölcsiséget, fölismeri általánosabb elrendelések betöltésének szükségét.”²⁵ (Kiemelés a szerzőtől.)

Napjaink irodalomelméleti, -történeti gondolkodásában egyre élesebb vita alakul ki arról a „paradimaváltásról”, amely talán a 20-as évek fordulóján következett be és egy úgynevezett „későmodern küszöb” beiktatásával (ehhez járulna hozzá Ady Endre költészete is) a posztmodern, a minden addigi érték megkérdőjelezését készítette volna elő. Azokkal értünk inkább egyet, akik (pl.

²³ KENESEI ISTVÁN: i. m. 70. p.

²⁴ Lásd *Világirodalmi Lexikon* II. köt. Akad. Kiad. Bp., 1972. 1054.

²⁵ TAMÁS ATTILA: Klasszicizáló törekvések századunk magyar költészetében. *ItK*, 1985/6. 648. p.

Tverdota György²⁶) ezt a változást korántsem látják bizonyítottnak. Ellenkezőleg, Babits Mihály 1925-ben írt, az Új klasszicizmus felé című esszéjének az európai gondolatiságát erősítő, a klasszikus (görög–latin) értékeket elevenítő és megújítva továbbvivő szemléletét látják a kor domináns eszmeiségének. Ez az attitűd jellemzi egyébként természetesen az időszak klasszikus kultúráján, a zsidó–keresztény hagyományon, valamint nem utolsósorban a római jogon nevelkedett szónokokait–jogászait is. Máig meghatározóan kiemelkedő egyéniség közöttük Vámbéry Rusztem, akinek védőbeszédei kimutathatóan a retorika arisztotalészi alapjaira épülnek, és példatára, idézetei is a görög–latin hagyományt őrzik. Nem szakad azonban el korától, de a „modern” világ ellentmondásainak feloldását elsősorban a klasszikus elvekkel látja megoldhatónak. Idézünk itt egy perbeszédéből, amely a bizonyítás, a tényállás meghatározása vitatására is jó példa:

„Miért valótlanok? Honnan merítette a kir. ítélőtábla a tudomást, amelyből ezt a következtetést levonja? Minderre a kir. ítélőtáblának csak egy válasza van, hogy figyelembe vette a köztudomású tényeket »is« nem logikus, mert a tábla nem hivatkozhatik másra, csak köztudomású tényekre, vagyis azt mondja, hogy Szász Zoltán cikkeiben foglalt állítások köztudomásúlag valótlanok. Kétségtelen, hogy a köztudomás is egyik forrása a bizonyításnak, a köztudomásból is szabad a bíróságnak következtetéseket levonni. Míg azonban egyrészt a köztudomás nem bizonyíték, hanem csupán feleslegessé teszi a bizonyítást, addig másrészt a köztudomású ténynek főkélléke, hogy a tény valósága ellentmondás nélkül menjen át a köztudatba, úgyhogy abban a körben, amelyben az illető tény köztudomású lett, annak valósága ellen sehonnan se legyen kétség támasztható. Köztudomású tény pl. hogy a nemzetgyűlés épülete szemben áll a kir. Curiával, köztudomású, hogy 1914-től 1918-ig világháború volt. Köztudomás az, amit mindenki tud, a bíróság, a felek és mi valamennyien. De csak akkor köztudomású, ha egyformán tudjuk. Mihelyt valami vitás, akkor már nem lehet köztudomású. Minthogy pedig vádlottnak mindig joga van kétségbevonni, hogy valami köztudomású.”²⁷

Nézzünk most részletet egy másik, a 20-as években elhangzott védőbeszédéből:

„De vajjon lehet-e büntetendő cselekménnyel kicsikart vallomásra igazságon büntető ítéletet alapítani? Hiszen: »Quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.« Aminek már fogantatása bűnös, jogellenes, az soha jogossá, igazságossá nem válhatik.

Már pedig ez megállapított, – ismétlem, – hiszen a bizonyításkiegyesítések során a tanuk tömege vallott olyan körülményekről, amelyek a

²⁶ TVERDOTA GYÖRGY: A József Attila-kutatás dilemmái. *Forrás*, 2003/12. 3–15. p.

²⁷ In. HUBERT GUSZTÁV – MÜLLER VIKTOR: *Perbeszédék gyűjteménye I. köt.* Pécs, 1928. 491. p. Idézi: Tremmel Flórián: *Igazságügyi retorika.* H. n. é. n. [Pécs].

kínzással kicsikart vallomást kétségtelemné, kézzelfoghatóvá, teljesen világossá és kétségbevonhatatlanná teszik.

Az elsőbírói ítélet tehát hibás elvi szempontból, hibás, minden büntetésnek alapja és sarkköve: az igazságosság szempontjából, hibás már fogantatásának pillanatától, hibás ennél fogva minden okfejtése, minden következtetése.”²⁸

Nem felesleges emlékeztetnünk arra, hogy miként a római jog tudománya megőrizve és adaptálva a görögre épít, úgy hasznosíthatók lehetnek napjainkban is a „későbbi” klasszikusok irodalmi és jogtudományi művei egyaránt. (Cicerótól sorolhatnánk a neveket, a mi Költsey Ferencünkig, Deákig a fent idézett literátus jogtudósig és tovább.) Molnár professzor állapítja meg a preklasszikus jogtudományról: „... kialakul az *irodalmi jogtudomány*, amely a szó igazi értelmében jogtudománynak tekinthető. Kialakulására döntő hatással volt a görög filozófiának Rómába történő első behatolása.”²⁹

Nálunk említést érdemel az a sajátosság is, hogy a 20-as, 30-as évek jogászai magukénak vallották Arany László akadémiai székfoglalóként elhangzott, 1873-as beszédének azt a kitételét, amely így szól: „A szónoklat szintén jogosítva van az érzelmekre hatni s valóban a szónoklat a politikai költészettel oly közeli rokon, hogy elméletileg tisztán és szabatosan alig választhatók el. [...] A költőnél maga az érzés, a szónoknál az ítélet a fő alap, amelyre művét építi. ... Mind a költészetnek, mind a szónoklatnak igazságnak kell lenni.”³⁰ Ez az összefoglalás, továbbá elsősorban Arisztotelész „tökéletes egész” Retorikájának (C. A. Brandisé az 1849-es megállapítás)³¹ példája jogosít fel arra, hogy irodalmi-költői műveket is felhasználjunk beszédművek, így például perbeszédnek mintájául, de legalábbis támaszául. Különösen olyan szerzőkét, akiknek klasszikus retorikai műveltsége, képzettsége világosan kitűnik az egész életműből, jelesen költői oeuvre-kből is. A magyar poézis is igen sok ilyen alkotót mutathat fel hét-nyolc évszázados történetében. Nem kevés köztük azoknak a száma sem, akik jogi képzettséggel, sőt gyakorlattal is rendelkeztek. Felsorolásba kár volna kezdeni, az kiegészítések lavínáját indíthatná el. Azonban a beszédművekben, „beszédtettekben” is hasznosítható poétikai-retorikai alakzatokra érdemes újra és újra példákat említeni.

3. A „klasszikus” lírai szöveg adaptációjának lehetősége a jogi beszédműbe

Mint szóltunk róla, sok, talán elsősorban reformkori szerzőtől idézhetnénk a hasznosíthatói költői mintákat. De folytatva a már az előző dolgozatban meg-

²⁸ In. HUBERT-MÜLLER: i. m. 290. Idézi Tremmel: uo.

²⁹ MOLNÁR IMRE – JAKAB ÉVA: i. m., 61. p.

³⁰ ARANY LÁSZLÓ: A magyar politikai költészetről (1873). In. *Arany László. munkái.* sajtó alá rendezte: Kozma Andor, Franklin, Bp., é. n. [1904] 223. p. Idézi Fischer Sándor: *Retorika*, Kosuth, Bp., 1975. 201. p.

³¹ Lásd ADAMIK TAMÁS: Utószó. In: *Arisztotelész: Retorika.* i. m., 287. p.

kezdt vizsgáldást, Kenyeres Zoltán kifejezését használva, „modern romantikusunk”,³² Ady Endre életművéből idézünk retorikus elemeket. Részben meggondolkodtatandó a jogi beszédművet (is) alkotókat, részben azért, hogy rávilágítsunk arra, hogy úgy szakmai, mind köznapi kommunikációnkat színe-síthetik a költői képek, retorikai szerkezetek.

Ady Endre retorikai képzettségére kevés figyelmet fordított a szakirodalom. Az Ady-Múzeum I. kötete³³ bizonyítja egyrészt, hogy a fiatal Ady középiskolai tanulmányai során a latin és görög tárgyakban „jeleskedett”. A Kovalovszky Miklós szerkesztésében megjelent, Emlékezések Ady Endréről sorozat 2. köteté³⁴ pedig azt, hogy a debreceni joghallgató-költő például az 1896/97-es tanévben „igen szorgalmas” volt és „jó” eredménnyel kollokvált római jogból. Ady életének jogi vonatkozásait Ruszoly József professzor részletesen feldolgozza A költőnk és joga című karcsú, azonban sok újdonságot hozó, értékes kötetében.³⁵ Klasszikus irodalmi érdeklődéséről, Kincs Gyulához, tanárához, első szerkesztőjéhez való kötődéséről (több versben is!) leghitelesebben maga vall:³⁶

„Én jó mesterem, jó görög tanítóm,
Ma is átok még az őс görög átok.

Homérosz s felhős görög tragédiák
Vágnak a szivembe.

Anér, és andrósz a genitivusa,
Én jó, bölcs tanárom?

Te béráltál meg, kis, vidéki lapod,
Hogy poéta lettem.

³² KENYERES ZOLTÁN: *Ady Endre*. Korona Kiadó, Bp., 1998.

³³ *Ady-Múzeum I. köt.* Szerk.: Dóczy Jenő és Földessy Gyula. Atheneum, Bp., é. n. [1924] 35. p.

³⁴ KOVALOVSKY MIKLÓS: *Emlékezések... II.* Akad. Kiad. Bp., 1974. 81. p.

³⁵ RUSZOLY JÓZSEF: *Költőnk és joga*. Acta Jur. et Pol. Szeged, Tom 54. Fasc. 16. 1998. [1999. január 27.]

³⁶ Az Ady-versek idézésére A. E. *Összes versei* (kritikai kiad.) I–III. veszem alapul. S. a. r.: Koczkás Sándor, a III. kötet: K. S. és Kispéter András, Akad.–Argumentum Kiadó, Bp., 1969; 1988; 1995. – *Az 1907 után keletkezett verseket (kritikai kiadás hiányában) Ady Endre művei* I–II. alapján idézem. A szöveget gondozta, jegyzetekkel ellátta: Láng József és Schweitzer Pál. Szépirodalmi, Bp., 1977. Használok összevetésül: A. E. *Összes versei*. Atheneum, Bp. é. n. [1930] összeállította: Sárközi György.

S én jó mesterem, szeretném a kezed
Áldva-átkozva, sírva megcsókolni.”

(Vén diák üdvözlése)

Nem túlzunk, ha életművében – ami összefüggő és együtt értékelhető igazán – megláttatunk egy tudatos, klasszikus retorikai szemléletet, melyre itt egy példát említünk. Egyik legismertebb, de kevésbé elemzett verse az *Új s új lovat* című. Bíró Béla, a Sepsiszentgyörgyön élő irodalmár, közíró, egyetemi oktató remek értelmezését dolgozta ki a műnek.³⁷ Idézzük azonban a retorikai vonatkozásokat, melyekkel egy készülő kritikában kiegészítettük a munkát: A dolgozatíró kitűnő szerkezeti vizsgálattal igazolja, hogy „A végesség: halhatatlanság”-paradoxon a vers kulcsmondata. Ugyanakkor úgy véli, hogy a sor „a vers értelmezői által következetesen félreértett”. Ezt viszont méltánytalanul túlzó megállapításnak gondoljuk. Hatvany Lajos feltehetően valóban nem értette akkor. De érdemi jelentését mára már többen interpretálták, bár talán nem fejtették ki kellően az Ady-életműből. Valószínű, hogy ez az elemzés sem jár el teljes körültekintéssel. Érthető és most is rokonszenves buzgalma – őt idézem – „a vers konkrét jelentésvilágának” értelmezéseként „kijavítja” a költőt is. Ady próféciaja ismételtén igazolódni látszik: „... ha megértik, jaj nekünk, mert akkor nem értették meg még csak igazán.”³⁸ – Az *Új s új lovat*, *Az eltévedt lovas* ellentétes értelmű párdarabja, Ady ló-lovas motívumának az egyik kiteljesedése. Mindkettő hosszabb időszak gondolati építkezésének eredménye. Ennek a műnek is szinte valamennyi szava, axiomatikus mondata visszavezethető előzményekre, értelmezhető a körötte született ún. „támogató versekből”. Bíró érzi az „Ady-kozmoszt”, és jól értékeli pl. a nagybetű használatot (Ember; Ma; Élet; Öröm; Halál stb.). Megfejt és plasztikusan mutatja be a kettős idő alkalmazását, egybejátszását a versben („lineáris”-„átfogóbb kozmikus ciklikus”). Megnyugtató az Isten – és „a nagy Nyíl” – szimbolika kifejtése is. „A végesség: halhatatlanság” – gnóma³⁹ előtt azonban értetlenül áll. (A gnómaként értelmezhetőségre egyébként Király⁴⁰ utal egy mondattal.) Igaz, hogy a megértést – Bíró szól erről! – Hatvany gátolta először, mikor kiszakított a verset eredeti közegéből, kivéve a kötetből (A halottak élén), elkülönítette pl. Az *ősz dicsérete* című párverstől is. Adynak most romantikus „hirdető beszédként” (Kulcsár Szabó Ernő⁴¹) felfogott

³⁷ BÍRÓ BÉLA: A végesség halhatatlansága. In. *A füst árnyéka*. Pallas-Akadémiai. Csíkszereda, 2003. 30–44. p.

³⁸ ADY ENDRE: A magyar Pimodán. In. *Ady Endre az irodalomról*. Szerk. Varga József és Vezér Erzsébet. Magvető, Bp. 1961. 215. p.

³⁹ A gnómáról lásd Arisztotelész: *Retorika*. i. m., 139–145. p.

⁴⁰ KIRÁLY ISTVÁN: *Intés az őrzőkhöz*. *Ady Endre költészete a világháború éveiben 1914–1918*. 2. köt. Szépirodalmi, Bp., 1982. 273. p.

⁴¹ VÖ. KULCSÁR SZABÓ ERNŐ: *Beszédmód és horizont*. Argumentum, h. n. [Pécs], 1996. 33. p.

axiómái már korán értetlenséggel találkoztak. Emlékeztetünk, a szerkesztők által egyetlen versszakra redukált prológra, A Minden-Titkok versei teljes nyitányára (1910), melyben ilyen sorokat lelünk: „Már tudom én jól, hogy Halál nincsen / S hogy semmi sincsen, mi nem hasonló... De már tudom: a Titok - az Isten.” stb. Ady az alkotói processzus során több versen át „küzd ki” a gondolat végső sűrítését. Leírja ezt a Vörösmarty - reminiscenciájú a *Szent Lehetetlenség zsoltárjában* is: „S nem várok mást, mint várhatatlant: / Óh, véres kínok, véres kínja ez... Agyam fölforr, torkom rekedt...”.

A vizsgált sor gondolati előzményei közül minden bizonnyal az itt lezárt enthüméma (retorikai szillogizmus) egyik premisszájaként igazán fontos Az ősz dicséretének a következő sora: „Nekem az Ember egy folytonos ember”, mert végességében is halhatatlan – egészítjük ki. (A vers csak egy hónappal keletkezett az Új s új lovat előtt.) Tudjuk, hogy Ady jól ismerte és kitűnő érzékkel alkalmazta a klasszikus retorikai alakzatokat, írásművészetében gyakorolta azt, amit Pascal így fogalmaz: „A kihagyás szépsége, az ítélet szépsége.”⁴² Egyetlen szava, itt a „halhatatlanság” sem – nem „pejoratív” és nem is glorifikáló tartalmú fogalom! – helyettesíthető (értelmezhető) mással, a Bíró kínálta „élhetetlenség”-mintájú „létkategóriával” sem. A kifejezésnek, a következtetésnek pontos az értelme. A gnómát teljes enthümémává pedig – a most említettkén kívül – költészetének számos, előző darabja teszi még. Gadamerrel szólva: „Sose szabad lebecsülni azt, amit egy szó mondani képes nekünk. Hiszen a szó a gondolkodás olyan teljesítménye, melyet az már előttünk elvégzett.”⁴³ Különösen nem tehetjük ezt a nagyon tudatos alkotó, Ady Endre esetében. Nem a konkrét verssel, hanem az oeuvre-rel magával magyarázható „A végesség: halhatatlanság”- ítélet is. (Ahogy pl. a Hunn, új legenda „mérsékelt csodák”-képét Babits a Petőfi-tanulmányból vezeti le.)⁴⁴ – A fentiek ellenére, etalonként ajánlhatom az elemzést, melynek módszerével feltétlenül egyetértek, summáját pedig újabb és újabb megfontolásra javaslom az Ady-kutatóknak. A költő – Nietzsche-ről fogalmazott – arisztotelészien gnómius intelmét idézem: „*Akiket mindenki egyformán ért, kerüljétek azt, mert vagy politikus vagy színész.*”⁴⁵ (Kiemelés – P. I. G.)

Az újabb Ady-vizsgálatok Paul de Man-i megközelítéssel elemzik a költő „retorikáját” az egyes művekben, elsősorban Az eltévedt lovas kapcsán. Főként Lőrincz Csongor, A retorika temporalitása című dolgozatára⁴⁶ és annak fogadtatására gondolunk. Mi azonban most inkább Ady tudatosan „klasszicizáló” reto-

⁴² B. PASCAL: *Gondolatok*. Ford.: Pödör László. Gondolat, Bp., 1978. 15. p.

⁴³ H-G. GADAMER: *A szép aktualitása*. Bp., 1994. 23. p. Idézi: Újraolvasó. Tanulmányok Ady Endréről, szerk.: Kabdebó Loránt–Kulcsár-Szabó Ernő–Kulcsár-Szabó Zoltán–Menyhért Anna, Anonymus Kiadó, Bp., 1999. 127. p.

⁴⁴ BABITS MIHÁLY: Tanulmány Adyról (1920). In. *Gondolat és írás*. Atheneum, Bp., 1922. 270–271. p.

⁴⁵ ADY ENDRE: Nietzsche és Zarathustra. In. *Ady Endre az irodalomról*. i. m. 227. p.

⁴⁶ In. *Újraolvasó. Tanulmányok Ady Endréről*. i. m. 182–196. p.

rikai formái közül sorolunk néhányat saját vizsgálódásaink és elsősorban Szabó G. Zoltán – Szörényi László: *Kis magyar retorika* könyvére támaszkodva.⁴⁷

Ady legismertebb és leglátványosabb (Karinthy által briliánsan parodizált) költői-retorikai eszköze az ismétlés (reduplicáció). Ez azonban korántsem csupán az anafóras és epifóras ismétlésben – mellyel Ciceró is gyakran él –, vagy a nyitóstrófának a befejezésben, bár gyakran módosított visszaidézésével jellemezhető – ami a beszédmű nyomatékosító eszköze is lehet – Ady lírájában. Mívesebb retorikai szerkezetekkel is. Szegedy-Maszák Mihály írja: „Az ágyam hívogat az ismétlés fölényes művészetére vall, a legjobb értelemben vett retorika magasiskoláját képviseli.”⁴⁸ Érdemes idézni a műből egy részletet:

Lefekszem. Óh, ágyam,
Óh, ágyam, tavaly még,
Tavaly még más voltál.
Más voltál: álom-hely,
Álom-hely, erő-kút,
Erő-kút, csók-csárda,
Csók-csárda, vidámság,
Vidámság. Mi lettél?
Mi lettél? Koporsó,
Koporsó. Naponként,
Naponként jobban zársz, ...

A látszólagos monotonia éppen a megváltozott mondattani funkcióban, az új gondolatsort kezdő ismétléssel teremt paradox módon feszültséget. Ez a komplex retorikai eszköz, az ismétlések bonyolult hálózata, amely a végigvitt összekötéssel (epiploce) lényegében a fokozás gondolatalakzata (graduatio), Vergilius óta kedvelt eszköze úgy a költészetnek, mint az oratióknak. Ilyen meseteri használata alpos retorikai-poétikai felkészültséget tételez fel, és a forma a beszédműben (Id. Kossuth) is sikerrel alkalmazható.

De lássunk egy másik típusú, kevésbé ismert, retorikai formát Ady repertoárjából. A költői képek (valójában retorikai alakzat) közé soroljuk Arisztotelész műve alapján az iróniát, mely a gúnynak kicsinyítő, finomító (eufémisztikus) változata. Ady mestere volt ennek a formának. Prózaí példaként rá a Válasz Tóth Bélának című cikkének következő mondata, mely már szarkazmusba (maró gúny) vált: „...ugye Tóth Béla úr, Edgar Allan Poe kretén volt és Csárdás Tóth Kálmán Kohinoorja a világirodalomnak?”⁴⁹ – De szép példa a többértelmű íróniára (a *Kis magyar retorika* is idézi) a Néhaj Vajda János második strófája:

⁴⁷ Tankönyvkiadó. Bp., 1988. – Itt jegyezzük meg, hogy a hivatkozott, előző dolgozatban a beszédmű részeihez mutattunk példákat Ady életművéről.

⁴⁸ SZEGEDY-MASZÁK MIHÁLY: Ady és a francia szimbolizmus. In: *Újraolvasó...* i. m. 110. p.

⁴⁹ In. Ady Endre az irodalomról. i. m., 185. p.

*„Talán a mája se volt épp' szelíd
Olykor biz' nyugös volt ez a vén gyermek.
De hisz' Istennek s ami keserűbb:
Magyarnak, bárdnak, poétának termett.”*

A „talán”, a „nem volt szelíd” a rosszmájúságot hivatott enyhíteni ironikus kicsinyítéssel, de érezteti a „közismert” vélekedés tartalmát is. Ugyanakkor jellemző a sorokra a beszélt nyelv használata, a szóvégek elhagyása (apocope) is. Ez pedig a retorikai szituációban a közvetlenség érdekét szolgálja. Másrészt az erősítést (amplificatio) figyelhetjük meg az idézetben az „Istentől a poétáig”, már-már blaszfémikus felhanggal.

Mint láttuk, Ady szívesen használ paradoxont („A végesség: a halhatatlanság”; „Büszként lógatja fejét” stb.), de nem ritka nála az oximoron sem, ami az egymást kizáró formák egységet alkotó szoros szintaktikai kapcsolata. A Fáradtan biztatjuk egymást című versben ilyen sorokat olvashatunk:

*„Babonáink megfakultak,
Csodáink elesteledtek,
Jövőink eleve múltak, ...”*

Olyan feszültségkeltő eszköz ez, amellyel érdemes gyakran élni a beszédmű megalkotójának is. Végezetül hívjuk fel a figyelmet Adynál a homoníma (azonos nevűség), vagy poliszémia (többértelműség) hangsúlyos, lényegében a többértelműséggel, az enigmatikus jelleggel sokat mondó használatára. Két – talán gyakrabban idézett – példát említünk. Az egyik, a Mert másokért csatáztam című verséből való, és egyetlen sor:

„Készül az ár halott fejemre.”

A pontosan kiválasztott lexéma három jelentése közül szóba jöhető kettőt (vízár; vérdíj) egyaránt „játékba hozza” a költő, és még a szövegkörnyezetből sem kapunk magyarázatot a valószínűbb értelmezhetőségre. Nem, ugyanis Ady e korszakában mindkét értelmezést feltételezhetjük: A bujdosó betyárét csak úgy, mint az elmúlásra, a feledésre ítélt alkotóét. A tudatos poliszémia-használat retorikailag is példaértékű.

Hasonlóképpen van A föl-földobott kő ominózus sorával, ami azonban már értelmezések tucatját indukálta.⁵⁰ Itt a szövegkörnyezet ugyan ad támpontokat, de azok is vitára adnak okot. Nézzük a versszakot:

⁵⁰ Utóbb H. NAGY PÉTER értékes elemzése: Kövek a magasban. In. *Ady-kollázs*. Kalligram, Pozsony, 2003. 182–183. p.

„Föl-fölhajtott kő, bús akaratlan,
Kicsi országom, példás alakban
Te orcádra ütök.”

Érdekes a folyamatosságot érzékeltető kettőzés (gemináció). Az „ütök” kifejezés mindkét jelentésének elfogadása pedig ('ver'; 'hasonlít') argumentálható és jogos lehet. Egyes irodalomtörténeti felfogások (Katona Piroska, Orosz László) és nem utolsósorban Latinovits Zoltán megrázó interpretációja az előbbi (az üt, pofoz) iránt tesz fogékonyabbá. Jellemző ekkor Adyra a népet, hazát ostorozó hang. De az „ugyanaznak tudni magunkat” – mentalitás is. Erre pedig az előző sor „példás alakban” – szintagmája figyelmeztet. – Van, hogy egy-egy kifejezést ki-ki akár pillanatnyi hangulata, asszociációs lehetőségei, vérmérséklete szerint értelmez. A nyelvi reprezentáció – mint fentebb láttuk – retorikai-hermeneutikai befogadhatósága igen széles skálán mozog. Fontos, hogy a nyelv használatának – akár a fegyverének – erejével, hatásával tisztában legyünk, arra felkészüljünk.

Most ennyit, talán kedvcsinálóként is a „retorikus Adyról”. Hisszük, hogy további képzettársításokat ébreszt, és a beszédművek elmélyültebb előkészítését ösztönzi. – Hozzátesszük, hogy fontos téma lehet még a *motívum* használata, ugyanis az a poétikai és az oratori műveket is összefogó, kohéziós erő. De részletes bemutatása egy újabb dolgozat témája lehet már.

Befejezésül pedig a reménnyel zárjuk, hogy megújult Európaiságunk továbbra is igényt tart a magyarság jogi és retorikai hagyományára. Azt a „megmozdult világban” is megbecsüli, maradandó értékeit óva erősíti. Az olvasónak és az ünnepeltnek, az általa szeretettel idézett Ady-sorokkal kívánjuk:

„Adjon Isten ifjúságot,
Szabadságot, boldogságot,
Egészséget, pénzt és hitet,
Szerelmet, hírt mindenkinek...”

GÉZA ISTVÁN PAPP

THE SPIRITUAL HERITAGE OF “MODERN CLASSICISM” IN THE
PLEADINGS

(Summary)

This short essay – like the previous one as well – forms a part of a longer study on rethorical means in pleadings delivered in criminal case proceedings. At first it deals with the nowadays attitude to oral communication, and points out that the written form has got a far too advantage over speech. The author states that the situation has a lot of harmful consequences, so the setting has to be changed.

As to the use of oral means in legal practice the paper emphasises that there are a lot of scantiness in the preparedness of the lawyers in this sphere. – Later he speaks about the necessity of advance required by the criminal case proceeding, which is a „par excellence rethorical situation” –he says –, and it is the very appropriate field, where the real truth will out. –The author confirms his opinion by citations from works of experts of the legal and linguist profession, especially by the studies of Prof. Ervin Cséka, Prof. István Kenesei, Prof. Imre Molnár etc. He uses and cites the works for example of Gadamer, Huizinga, Schleiermacher, Áron Kibédi Varga written on rethoric and hermeneutic.

Finally the work – quoteing examples from literature – explains that the use of poetical patterns in oratorical works, even in pleadings is very useful, because it strengthens the argumentation. The author supports his exposition mainly by the oeuvre of Endre Ady, the great Hungarian poet.

BÉLA POKOL

Contribution to the comparison of the theories of Bourdieu and Luhmann

On the level of overall social theory thinking, there have been only very few thinkers in the past decades who have conceived a theory that contain detailed analysis in terms of several social spheres. The French Pierre Bourdieu and the German Niklas Luhmann are definitely two of the few, and their impact can be shown, albeit the approach applied is different in each scientists' community, all over the world in social science analyses. Having dug himself into the works of both sociologists, one will soon reveal that these two theories show similarities in several respects, and also find points of departure totally different from each other. This paper attempts to describe some of the differences and some of the similarities between the theories of Luhmann and Bourdieu.

1. Society's double structure

When we address the more stable structures behind everyday social events and actions, that is, the more stable connections and divisions determining such events and actions, then we have two directions to follow. One such direction represents society being torn to groups of people, classes, layers, nationalities, races, etc., and it is *the (cultural, political, etc.) distance, closeness between individual groups that provide the stable social structure* under which particular events and actions take place, or in reply reproduce these structures themselves. With a view to research more stable structures, we may set out also towards the structure of the individual functional spheres of society, and here we shall find the *institutional mechanisms* which build up, operate, separate from or connect to one another the sphere of law, art, science, politics, education, healthcare, economy in various degrees and ways. Accordingly, we may examine a society in terms of what kind of stable patterns, norms the divisions of its groups of people, their cultural etc. separation or co-operation

rest on; however, in many respects, it is independent of this that within the same society what kind of institutional mechanisms individual functional activities are organised by, and how they are separated or connected.

This double viewpoint of society emerged in the 60's in David Lockwood's short article analysing social integration (Lockwood 1979:124–140), who by and large indicating the above breaking into two, separated social integration (the issue of harmony between groups of people) from system integration (the issue of co-operation between institutions). Lockwood's above breaking into two has been used by many in the past 30 years, but basically narrowed down to the issue of social integration, however, the starting point itself, the idea of the double structure of society has somewhere got lost. Although when we get away from Lockwood's more specific problem, the issue of social integration, and confront the overall theories in the past decades with the double structure of society itself, we shall find that the line of the functional system theory, which, following Talcott Parsons' initiative steps, has been fully expounded perhaps in the works of Niklas Luhmann, has entirely pushed the issue of the structure between groups of people out of the point of view, and the structures of institutional mechanisms represent the stable building blocks of the social world for it, while basically it is social division in terms of groups of people that the various theories of neo-Marxism place in the centre, and should the mechanisms of individual functional spheres emerge in their analyses, they analyse them only from this point of view. (That is, in terms of class struggles.) In other words, the entire construction of and most of the replies given by various theories are determined by the version of the social structure they take as a basis, and this far and away go beyond the differences of the reply given to the social integration kept in view by Lockwood.

Looking at the two theories examined in this paper from the above aspect, when first approaching the problem, it can be stated that Luhmann, ignoring the effects arising from the division between individual groups of people, examines the mechanisms and operation of the functional subsystems of society, while Bourdieu basically researches the minute details of the fine mechanisms of the separation of individual groups of people, classes. To a certain extent, these two theories stand in front of us confronted with each other as two half sides of a theoretical trend, however, the fact that Bourdieu examines the separation of and fights between social classes to the greatest extent in the framework of individual social fields, and to a certain extent they correspond to Luhmann's social subsystem categories, allows us to compare the two theories and bring them closer to one another.

2. Luhmann's theoretical points of departure

So far it has been ignored that from the end of the 70's there has been a significant revolution in Luhmann's theoretical development, and that he has rebuilt his theory pursuant to the system concept of 'autopoiesis' already gaining ground in general system theory. In the course of this, he has reviewed his earlier analyses regarding social subsystems one after the other, and worked out a basically new theory in new massive books and studies. There is no space here to give reasons why this theoretical revolution seems to be a dead-end-road of thought (see: Pokol 1990a, 1990b); nevertheless, it is necessary to note that when below I am going to speak about Luhmann's theory, then I shall always refer to Luhmann's early works completed prior to the theoretical revolution.

The most important point of departure in Luhmann's theory, which moves this theory away from the structures between groups of people, is provided by the concept on the basis of which *he does not consider individual beings to be the parts of sociality, but psychical systems, which are the precondition of sociality*. Social systems, i.e., social formations assume that psychical systems (people) exist, however, sociality is generated only from the communication *among them*, and people, together with their psychic and biological components, cannot be considered the basic units of the social world. Luhmann notes that in social theory development, instead of individual beings as the basic units of sociality, it is the roles and actions dividing them that have come into focus, which allows of getting to a more precise reconstruction of the social world (Luhmann 1986: Intersubjektivität oder Kommunikation). However, Luhmann finds this insufficient since activity, after all, also refers to the human being, and, instead of that, he places communication into the position of the basic unit of the social world which represents the processing of intelligence between psychic systems, or, in other less explicate words, the transferring and reception of intelligence. Sociality is created through communication coming into being, which always rises above the level of the inner processes of psychic systems (that is, the processes of the consciousness of an individual being). Thus, the social world is built on the world of psychic systems. Basically it comes from this point of departure that Luhmann is open in his analyses not towards divisions and structures among groups of people but towards various communications getting organised into systems.

Luhmann radicalises the concept of system, and determines each social formation as a system. In order to do that, he extends the concept of system, and as he views each social formation as a system, he differentiates three system levels within the social world (Luhmann 1971:9–21). He calls single communication, the elementary unit of social world, a simple social system, or, in other terms, an interaction system. On this system level, where under the current circumstances billions of interactive systems come into being and cease,

the system borders are built up according to presence and absence. Absence excludes. The next system level is the level of organisation systems, where communications are organised into more stable connections, and here the existence or lack of members draws the borders between organisation systems. Finally, the most overall system level is that of society, where communication accessibility determines the act of individual social systems delimiting themselves. As now communication intertwinement has evolved all over the world, therefore, in Luhmann's view, we can speak of only one world society.

In this theory the conception of the functional subsystems of society is an important element. Individual functional subsystems, as it can be shown especially in the progress of the European and its outgrowth, the North American civilisation, gradually break away from the formerly intertwined fabric of sociality, and reproduction of sociality takes place, instead of diffuse activities and institutions, in functionally differentiated subsystems. It was Luhmann's important departure from Talcott Parsons's views that he refused the concept of the analytic system, which for Parsons represented a systematising hypothesis necessary only for the scientist and not empirical/particular subsystem like delimitation in the real world of society. Luhmann found that *a single functional subsystem can be separated also in reality if it can be organised around a binary code, which controls the decision selections of the communications belonging to the subsystem*. E.g., communication orientates pursuant to the binary code of true/false in science, lawful/unlawful in law, and government/opposition in the political system. Thus, individual subsystems process pieces of reality cut out in different segments, subsequently, they are able to fulfil specific social functions on high level. The evolution of modern societies, starting from Europe, has been followed by the separation of organisation subsystems, and simultaneously, the multitudes of organisation systems on organisation system level, and the billions of interactions on the level of simple social systems allow of a more and more complex social world to come into being.

3. Bourdieu's theoretical points of departure

In Bourdieu's work the option of wilfully choosing from various possible basic units does not emerge as a preliminary question of theory technique in the make-up of the social world; also Luhmann has happened to find this primarily 'standing on Parsons's shoulder', who made it the subject of analysis several times; and in his analyses Bourdieu evidently sets out along the line of social formations built from individual beings. And, in his view, separations between various classes (groups of people) represent the basic divisions of society made up of individual beings, and in the examination of various social formations from making photos through various kinds of sport to the operation of the arts

and politics, he analyses the determinedness arising from the differences between social classes.

As an introductory general statement it can be said that as it is functional subsystems that stand in the centre of Luhmann's analyses, it is social fields that provide the framework in Bourdieu's theory for analysis, and social events and actions take place within individual fields. However, here individual participants' actions are determined not by functional imperatives, but by the driving force to attain higher and higher share in the special kind of capital available in each social field. And sharing in the given capital will develop different kind of groups of people within the fields, and conditions of subordination and superordination between them, special relations of exploitation, on the one hand, and subjection, on the other hand, will develop. Due to the stable conflicts and struggles between groups of people organised around the special kind of capital of a specific field, each field can be described to have dynamism; furthermore, the inner class struggles and sub/superordination of various fields will compose a more overall condition of sub/superordination, and specific kinds of capital can be converted through the relation between such fields. Let us look at Bourdieu's position in more detail.

The first question concerns Bourdieu's relation to the problem of social evolution. To what extent are his analyses imbued with paying attention to overall historic processes? The answer to this can be nothing else but that it is not from the point of view of social evolution that Bourdieu pursues his examinations, which have branched off in the past decades. Thus, for example, when examining the Arab tribes in Algeria, he underlines the high efficiency of their problem solving mechanism, not even touching the issue of requirements arising from different levels of social development (Bourdieu 1978:379-400). The same point is underlined by the fact that while analysing various features of modern society, he refers to the examples of his early researches in Algeria as a comparison without any restraint. Therefore societies having reached different stages of evolution do not seem to exist for him, and that is why the inner features of various societies can be compared.

However, he sometimes pushes this general attitude aside, and without drawing conclusions on theoretical level, he reaches back to social evolution based explanations, and occasionally uses them in some of his arguments. This can be seen in his recent book where he argues with utilitarian social theories (Bourdieu 1994:157–161). In recent years, especially in the United States, the utilitarian theory has gained ground in the form of 'the theory of rational choices' in various social sciences. One of the points of departure for this is that it explains actions in the widest range of social spheres on the grounds of economic motifs (striving for utility measurable in terms of earnings). It is against this that Bourdieu goes back to the analyses of Herbert Spencer and Durkheim at the end of the last century, and in contrast to them focuses on the functional differentiation of social actions taking place on a more developed

level. In addition to the economy, further 'social fields' become independent, and here rewards different from economic factors motivate. Thus, he performs, in the purest sense, an economist curtailment in the social analyses of 'the theory of rational choices': 'There is a statement regarding the bases of the theory on social fields which one can find as early as in the works of Spencer, Durkheim and Weber, and which asserts that a process of differentiation is taking place in the social world...Durkheim repeatedly reminds us that in archaic societies, and also in pre-capitalist societies, social spheres which have become differentiated in our societies (such as religion, art and science) were still undifferentiated, and human actions were multifunctional..., which could be interpreted as being simultaneously religious, economic and aesthetic actions (Bourdieu 1994:158–159). After that Bourdieu inserts the separation of various social fields into the process of the above described functional differentiation of social evolution: 'The evolution of societies more and more represents various spheres (which I call fields) that have their own logic' (Bourdieu 1994:159). Thus it is the society divided into different spheres that utilitarian theory (in this case the theory of rational choices) fails to grasp when it assumes that human activity can be reduced to economic motivations, and social institutions can be comprehended from the terms of economic calculation.

This argumentation of Bourdieu, however, as we have already noted, allows of drawing interesting conclusions even with regard to his own theory. One of them is that it reveals that Bourdieu's theoretical orientation is defective. The proposition on the functional differentiation of society has developed one of the most strikingly marked trends of sociological theories in the past 40 years from Talcott Parsons through numerous modernisation theories to Niklas Luhmann. For Bourdieu these, apart from providing superficial knowledge, do not exist in effect, and even today he finds this proposition without any problem in the observations of Spencer and Durkheim made at the end of the last century. (The same way it is in a short footnote in his large monograph 'La noblesse d'état' that Bourdieu indicates that the concept of the differentiation of social fields goes back to Spencer and Durkheim. See: Bourdieu 1989:376). The explanation for this deficiency can be found presumably in the fact that the French sociological scene is strongly embedded into a wider intellectual/political arena, through which a dominant leftist-libertarian attitude makes all the theories that are politically deemed 'conservative' negligible; and Parsons, the functionalism and the system theory have been qualified like that in intellectual circles both in America and Western Europe. Although Bourdieu's intellectual socialisation took place at a definite distance from the French new leftists trends present at the time but a considerable part of the material of his readings left the impact of various trends of Marxism in his theoretical approach (see: Robbins: 1992, on Bourdieu's position in today's French theory of sociology

see: Ansart 1990; on placing him in a more overall intellectual field, see: Rieffel 1993).

In another approach, Bourdieu's recent attachment to functionalism raises the point of neglecting functional imperatives in the operation of social fields so far. Until now in his theory Bourdieu has seen the wholeness of society not as an entity existing as a functional whole, whose existence becomes possible subject to meeting certain functional requirements, and he interprets individual social fields as the terrain of fights between groups of people for special capitals in specific fields, rather than as separated and functionally specialised spheres. The operation of a single field depends on the status of the balance of power of groups of people fighting in them, and it is well expressed by the fact that Bourdieu usually refers to fields as 'fields of various forces' and 'fields of battle' (*le champ des luttes*), but only recently can we hear of them as functional fields. Although if individual fields fulfil special functions also for the wholeness of society, then, apart from the relation of groups of people fighting for special favours, functional imperatives and requirements also shape the internal structure of fields. *To sum it up, Bourdieu's airy attachment to Spencer's and Durkheim's proposition on functional differentiation would make it necessary to profoundly review his entire theory, specifically his genuine confrontation with functionalist system theory.*

Subsequently, Luhmann and Bourdieu have thought over their theories in a diametrically opposite direction from the point of view of the double social structure; and while in Luhmann's theory the operation of the social world is governed by the institutional logic of functional subsystems and the imperatives set by them, in Bourdieu's theory, this world can be described as the struggles of groups of people fighting for greater and greater share in the special kind of capital in each social field.

On a general level, these two theories are diametrically opposite. However, if we correct Luhmann's theory, taking his early writings as a basis and insisting on some of his premises more determinedly than he himself, and in such fashion we compare it to some of Bourdieu's writings which analyse specific social fields in detail, then it can be shown that they have numerous common features.

4. Possibilities for nearing the theories of Luhmann and Bourdieu

If the examiner accepts Luhmann's proposition that in the historic progress of European modernisation in the past centuries one can discern the separation of various functional subsystems with a homogeneous assessment dimension in each (e.g., orientating according to true/false in science, or, lawful/unlawful in law), then this is supported by the evidence that we are looking at the separation of the lawyer, the artist, the politician, the scientist, etc. from one

another in the course of European history. Former multifunctional activities, roles and institutions, which, e.g., characterised the operation of society in the Middle Ages, have been functionally separated, and divided in a one-dimension direction. This is extensively proven by the existing historic analyses, thus Luhmann's proposition on differentiation, which followed the early analyses of Durkheim and Spencer, has become widely accepted in the past decades. This acceptance that pays attention to historic trends, however, goes beyond Luhmann's theory because it sets out from the separation of the roles and actions of *professional actors*, and, from the first, excludes laymen from functional subsystems. On the contrary, the only thing Luhmann says is if communication is controlled by a binary code, that is, selection in decision making and processing of reality take place according to a value dual, then it belongs to the functional subsystem whose binary code provides its core of organisation. Luhmann, of course, did not raise the point in general terms that the communication by professional participants and laymen should be separated. It is only with regard to the legal subsystem that we can find passages in his writings which touch on these issues; and because, in addition to professional lawyers, the institution of actions at law by laymen is indispensable to ensure the operation of law, he argued that laymen's activities could not be excluded (Luhmann 1986:178). Of course, if we keep it in view that Luhmann's theoretical point of departure is that a single person (a psychic system) does not constitute a part of the social world, only a precondition of it, then we may not include the *prints of lasting socialisation* of the personality which separate the lawyer, the scientist, the artist from one another in the discussion.

Taking the above analysis as a basis, we may say that the acceptance of the proposition on functional differentiation by wide ranges of scientists has been possible only with leaving Luhmann's overall theory in the background. On the contrary, if we insist on Luhmann's theory, and push single persons (and the socialised/motivated personality) out of the make-up of social structures, then the evidence of the differentiation of functional subsystems will be lost. These expositions, and the act of bringing this problem to the surface, however, might also turn the analyser's attention to the direction where he considers Luhmann's point of departure itself, i.e., the pushing of man as a psychic system outside the social world, an abortive attempt. Because if he does not do that, then the lasting structures of the social world, which socialise the personality, and thereafter continuously reward it or apply sanctions against it, will fall out of the point of view, and only the phenomena that appear in the course of point like/momentary communications may enter the analysis. *Thus the structures addressing the personality of the participants in the communication will need to disappear from the analysis.* E.g., the differences between the personalities of the professional scientist and the layman need to be referred to here in the communications controlled by the true/false dual, and

in the first place it is necessary to call the attention to the assessing/rewarding mechanisms, which orientate the scientist, but which do not even emerge in the event of laymen.

Subsequently, we may correct Luhmann, it is necessary to bring man back into the explanation of the social world, while recognising that the functionally differentiated mechanisms enforce that the whole personality is orderly pushed into the background regarding many activities, and they allow of actions, assessment no other than those determined by defined roles. That is, I take man into consideration as a personality divided into differentiated roles in the composition of the social world, and not as an undividable unit (See: Pokol 1991). Now it becomes possible, by making a theoretical decision against Luhmann, to narrow down the organisation of functional subsystems to the communication of professional participants, and laymen's occasional orientation according to the binary code, any caretaker can argue with glowing eyes to defend his truth, should be excluded from here.

When in such fashion reshaping the proposition on functional differentiation, however, we need to pay attention, in addition to professional subsystems being separated from one another, also to laymen's separation from the communication maintained in everyday life. *Consequently, the concept of everyday life needs to be included in this theory with a regular place-value, and then it is necessary to divide the system level of society into everyday life and professional subsystems, in the first place.*

With this correction Luhmann's analyses regarding functional (professional) subsystems become more easily comparable to Bourdieu's writings, which analyse certain social fields. This comparison can be well made in the event of the academic field (subsystem), where both the differences and similarities between the theories of Luhmann and Bourdieu can be clearly seen.

Luhmann wrote the first systematic analysis about the organisation of science as a social subsystem in 1968 (Luhmann 1971:232–252), and at this early stage he did not apply his point of departure, i.e., the exclusion of man and his personality from the explanation of the formations of society, in his analyses as consistently as it can be seen in his writings from the 80's. In this study Luhmann keeps the scientist orientating according to the binary code of true/false in view, and, exhaustively leaning on the empirical materials addressed by Merton's science sociology school, emphasises the phenomenon that scientific results become firmly rooted in reputation and the hierarchy of such results as well as the elements that make them appear on the surface in order to comprehend the organisation of science as a social subsystem. With the extension of the complexity of this subsystem, when ten thousands of scientists constitute communities of scientists in various fields of science, without the hierarchy of scientific reputation and the elements that make them appear on the surface, chaos and disorganisation would ensue. Whose book or study should be read by the profession, and especially by the growing, new

generation of scientists, in the first place, if every two weeks thousands of papers and volumes come out in the various fields of science? Who should be appointed professor at a noted university, and who at a sixth-rate university in the provinces? Without reliable hierarchy of reputation actual scientific accomplishments would be unable to reach wider communities of scientists, and the rewarding of great scientific results could not be separated from sixth-rate scientific performances. Scientific reputation and its hierarchy appear here as the key mechanisms of the self-organisation of science. And, especially, if to Luhmann's shorter study we add the analysis of the monograph entitled 'The scientific community' by the American sociologist, Warren O. Hagstrom, whom was taken also by Luhmann as a basis, the assessing/rewarding mechanism of science will emerge, which organises the self-control of the complex scientific subsystem in the dimension of processing reality according to the binary code of true/false.

In Hagstrom's book, as later in the studies of Storer, Glaser, Ben-David and Merton, it becomes apparent that distortions cannot be held under the level of a threshold in the assessing mechanisms of a scientific subsystem unless a scientific community is dispersed into plenty of organisations (at universities, institutions, etc.), and thus the relations among the members of scientific communities are characterised by acting side by side rather than union in one community, or subordination/superordination in them. Taking this proposition as a basis, Joseph Ben-David demonstrated in his university history researches that the focal point of scientific life was placed where the competing university model and the community of scientists were active side by side to the greatest extent in an age, and which in time was considered to be the leading centre of science all over the world. Thus, the universities of the culturally decentralised Germany in the 19th century, the American universities after the first decades in the 20th century driving competition to extremes could be referred to in this respect (see: Ben-David: 1971).

To sum up the point of view taken by Luhmann and that of Merton's science sociology school that served for him as empirical background: *in the social organisation of science, after having passed a stage of complexity, the key role of reputation hierarchies, scientists' orientation pursuant to these and the striving for higher level of reputation need to be stressed as the basis for the neutral self-control of science.* Or, again it should be noted that in the event of monopolistic structures these might be distorted.

After completing the analysis in several minor studies, Pierre Bourdieu systematically examined the academic-scientific field in his book 'Homo academicus' (Bourdieu 1994). It is important to note right at the point of departure that Bourdieu performed the analysis of this field leaning on an earlier empirical survey of French society, and this society, as a counterpoint to the competition/market mechanisms prevalent in the society of the United States, developed in each of its social sphere centralised mechanisms that rested

on central authorisation and assessment. This refers as much to the structure of public administration and the legal system as to the sphere of education or academic activity. If we keep the possibility of distortions described under the Luhmann-Hagstrom scientific subsystem model in view, then it can be stated that the French academic/university field with its central authorisation, doctoral committee system and other central decision making bodies represents the case that is mostly inclined to turn into an oligarchy, where the mechanisms of reputation make the differences in the position of power whether being subordinated or superordinated rather than the differences in scientific results rooted in the hierarchies of reputation, and, thus, it realises a science authority sub/superordination and vassal-patron system rather than neutral self-control.

Consequently, Bourdieu's point of departure, the struggle for a special kind of capital in each social field among groups of people involved in each field, under the distorted French conditions corresponds in many respects to the facts. (And the same way this is the case in Hungary and other centralised Eastern European countries!) What for Luhmann is a functional necessity in the scientific reputation and the hierarchies of reputation built of these, which make scientific accomplishments rooted and appear on the surface just as it is done by money in connection with economic accomplishments, for Bourdieu becomes scientific capital, which allows of sub- and superordination of power and special exploitation and domination.

Well, then, in this social field (or, to use Luhmann's terminology, subsystem) the half-sidedness of the two theories becomes clearly visible. The sub- and superordination of power explored by Bourdieu and its organising force must be considered by all means existing within the social subsystem of science, even if within various scientific communities strong dispersion ensues as it can be seen in the United States. With monopolistic structures and centralised organisation of science this may also become dominant. This point of view is definitely not applied by Luhmann, and Bourdieu pushes the neutral/functional role of scientific 'capital of reputation' out of the point of view, and thus does not analyse the mechanisms that may reduce the extent science is organised on the grounds of power/domination, and harder enforce the setting up, operation of hierarchies of reputation in compliance with actual scientific accomplishments and the organisation of science in the assessment dimension of true/false.

Perhaps it is not useless to refer to the fact that the medium theory of Luhmann's 'master', Talcott Parsons differs from Bourdieu's extended capital theory in a way similar to the above. Parsons set out from money as a medium of exchange containing neutral exchange relations in a generalised form, and asserted that if such a symbolic generalised medium of exchange was indispensable in economy as one of the social subsystems, then such medium of exchange should exist, even if organised in another kind of specific form, in the other subsystems too. He considered, e.g., the medium of 'power' in the

political subsystem, the medium of 'influence' in the societal community (or, in other terms, integration subsystems) to be such medium. The point of departure of Bourdieu's capital analyses was also money, in line with Marx's analyses, but here money became the point of departure not as a neutral means of exchange but as a means that allows of sub- and superordination among groups of people and exploitation. Thus, the extension of the concept of money capital and research for other special kinds of capital in social fields beyond the economy was attained with a kind of logic similar to the one applied in Parsons' research for special media. Regarding science this similarity can be grasped in the fact that while the hierarchies of reputation referred to in Luhmann's study from 1968, which further developed Parsons' medium theory, were addressed as the elements making the medium of science appear on the surface, in Bourdieu's book 'Homo academicus' they were made part of the analysis in terms of the distribution of and the struggle for scientific capital.

After the above analysis, the half-sided approach of the two theories is perhaps much more apparent: the same way as money is both a functionally indispensable generalised means of exchange in the economy and a means that produces exploitation and power/subordination relations, scientific hierarchies of reputation also fulfil both functions/exert both effects, and the dominance of either of the two effects in the scientific subsystem of a given country depends on to what extent the scientific community is scattered/competitive, or, if, on the contrary, a centralised/monopolistic kind of construction is prevalent.

The possibilities of nearing the theories of Luhmann and Bourdieu are exemplified by the analysis of the telecommunication sphere too. In his study in 1994 Bourdieu examined this sphere (see Bourdieu 1994b), and, although Luhmann did not specifically touch upon the matter, on the grounds of the instructions set forth in his analyses developed regarding numerous other subsystems it was easy to reconstruct Luhmann's theory regarding this sphere (see Pokol 1991b). A social subsystem is established when a larger sphere of activity becomes organised round a binary code, thus detaching it from other subsystems which orientate according to other codes; and with regard to modern telecommunication this can be demonstrated pursuant to *the existence or lack of newsworthiness*. This value dual enforces professional journalists, reporters, editors, etc. to apply a uniform aspect of selection in the course of processing reality. It is not lawfulness, truth, as great rehabilitation as possible or aesthetic value that a journalist strives for but to find, or possibly create the most newsworthy event, and to show more and more new aspects of that event. This binary code, of course, cannot become dominant and cannot subordinate all the other aspects of selection to itself in this sphere unless there is a severe competition among various newspapers, channels and programs, and by that the biased journals, radio programs will lose the attention of their public the same way as dull, clumsy newspapers, programs that produce newsworthiness only on a low level. The rationality of the market, the orientation according to the

code of profitable/non-profitable thus 'holds' the act of striving for newsworthiness 'tight', but this impact of the market can be demonstrated by how the inner logic of the sports sphere (to win/to lose) or the university-scientific sphere is held tight (on sport see: Bette 1984, on the latter: Ben-David 1971). In his aforesaid study from 1994 Bourdieu analyses this sphere as the 'field of journalism'. In the entire article he concentrates on professional journalists and their motivations in his analyses, and this again proves the righteousness of the statement that by limiting Luhmann's social subsystem category to professional components these two theories have become definitely close to each other.

Noting that the field of journalism has a logic of its own just as the literary field, or the field of the arts, Bourdieu finds the core of this organisation *in striving for the latest news*: 'The specific logic of this field addresses ephemeral things such as news, and as a result of competition for customers this striving places the most recent news in the centre (Bourdieu 1994b:5). When first approaching the problem, it seems that by a minor correction of Luhmann's theory it is possible to develop a theoretical framework regarding this sphere almost perfectly identical with Bourdieu's theory, but apart from the identity regarding the core element, there are two major differences that need to be emphasised though. Firstly, Bourdieu speaks about striving for 'the most recent news', while, on the contrary, the concept of 'striving for newsworthy events' is wider than that (see Erbing 1989). Secondly, and this is more important, Bourdieu analyses how the field of journalism is intertwined with other fields of cultural nature in a specific way. He defines the French situation special in the Western world, where the sphere of journalism and the other cultural and political activities have been only incompletely separated, that through this intertwining the market mechanisms that dominate the field of journalism settle on the other cultural fields, and here, forcing the inner logic of these into the background, mass-produced products are put in the foreground. *That is, the intrusion of the field of journalism into the other cultural fields cause these fields to turn into markets*: 'The strengthening of the intrusion of the field of journalism more and more subjects the other fields to commercial logic, and this threatens the autonomy of such fields...' (Bourdieu 1994b:6). Without refusing that this impact does exist, we deem there is a more important connection not specified by Bourdieu that the field of journalism, whose separation from politics can be in any way ensured more or less clearly subject to meeting several preconditions, may become dominated by the interests and political opinion of various social groups, and then by intruding into other cultural fields *is able to help the given social group to obtain intellectual hegemony over the whole society*. In this structure only those can become great writers, musicians, philosophers, sociologists and political theorists, etc. who are helped by mass media through presenting them in cultural supplements, TV panel discussions, etc., to make a reputation for themselves. Thus, it is the

minor problem that instead of 'pure' artistic, literary values mass-produced works and authors are rewarded in the cultural fields organised by the field of journalism. It constitutes a greater distortion that through that those authors and their works are highlighted that come from the given social group or, at least, does not risk voicing their opposition to the views of the opinion leaders in this group. *By this means the social group that is able to dominate the field of journalism will be able to obtain dominance in matters of spiritual issues, language policy, taste, etc. over an entire society.* In the centralised French intellectual life centred in Paris these tendencies can be fairly palpable, and it may be deemed quite odd that this aspect is left unnoticed by Bourdieu, who is otherwise, as we have seen, quite sensitive of exploring mechanisms that refer to dominance and subjection.

I close this paper by pointing out that *the issue of converting capital between various fields/subsystems of society* emerges in both theories. In Luhmann's theory, regarding functionally differentiated modern societies, this opportunity enters the analysis only as a distortion, and fundamentally he places unexchangeability at the centre. Because functionally separated subsystems have their own mechanisms for processing reality and their own aspects of selection, and for each subsystem the rest of the subsystems will degenerate into environment. The fact that accomplishments produced by different binary codes can be exchanged for rewards and positions in other subsystems implies nothing else but that functional differentiation has been completed improperly. On the contrary, in Bourdieu's theory the capital and accomplishments of various fields of society are convertible into other types of capital, and among them regular connections, established ways of conversion can be shown in terms of the wholeness of society. Through that Bourdieu is able to demonstrate, beyond exploitations and subordination within each field of society, division into various classes in the entire society. In Luhmann's theory this does not even emerge, and for him the wholeness of society represents merely the totality of functionally differentiated subsystems, which are harmonised through spontaneous co-ordination, but no subsystem is able to control the entire society. Subsequently, concentration on the different branches of the double social structure referred to in the initial expositions apparently enforces diametrically opposite solutions in the two theories.

Literature

- BEN-DAVID, JOSEPH (1971): *The Scientist' Role in Society. A Comparative Study*. (Prentice-Hall) Englewood, New Jersey.
- BETTE, KARL-HEINZ (1984): Zum Verhältnis von Spitzensport und Wirtschaft in der modernen Industriegesellschaften. In: K. Heinemann (Hrsg): *Texte zur Ökonomie des Sports*. (Verlag Karl Hofmann) S. 72–91. Schondorf.
- BOURDIEU, PIERRE (1978): *A társadalmi egyenlőtlenségek újratemelődése*. Gondolat. Budapest.
- BOURDIEU, P. (1979): *La Distinction. Critique sociale du jugement*. Les éditon de Minuit. Paris.
- BOURDIEU, PIERRE (1984): *Homo Academicus*. Les éditon de Minuit. Paris.
- BOURDIEU, P. (1989): *La noblesse d'état. Grandes écoles et esprit de corps*. Les édition de Minuit. Paris.
- BOURDIEU, P. (1994): *Raisons pratique. Sur la théorie de l'action*. Édition du Seuil. Paris.
- BOURDIEU, P. (1994b): L'emprise du journalisme. In: *Actes de la recherche en sciences sociales*. 1994 Mars, 101/102. 3–9 p.
- ERBRING, LUTZ: Nachrichten zwischen Professionalität und Manipulation. Journalistische Berufsnormen und politische Kultur. in: Kaase, Max/W. Schulz (Hrsg): *Massenkommunikation, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, Sonderheft 1989, 301–313.
- HAGSTROM, O. W. (1965): *The Scientific Community*. New York.
- LOCKWOOD, DAVID (1969): Soziale Integration und Systemintegration. In: W. Zapf (Hrsg): *Theorien des sozialen Wandels*. (Köln 1969).
- LUHMANN, NIKLAS (1970): Selbststeuerung der Wissenschaft, in: Ders., *Soziologische Aufklärung: Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, Band 1., Opladen. S. 232–252.
- LUHMANN, NIKLAS (1970): *Soziologische Aufklärung Band 1*. (Westdeutscher Verlag) Opladen.
- LUHMANN, NIKLAS (1986): Die Codierung des Rechtssystems. *Rechtstheorie* 17. 171–203.
- POKOL, B. (1990a): "Professionelle Institutionensysteme oder Teilsysteme der Gesellschaft? Reformulierungsvorschläge zu Niklas Luhmanns Systemtypologie", in: *Zeitschrift für Soziologie* S. 21–34.
- POKOL, B. (1990b): *Komplexe Gesellschaft. Eine der möglichen Luhmannschen Soziologien*. Brockmeier Verlag. Bochum.
- POKOL, B. (1991): *A professzionális intézményrendszerek elmélete*. Budapest. Felsőoktatási Koordinációs Iroda.
- POKOL, B. (1991b): Tömmegkommunikáció és politika. *Világosság*, 1991/11.
- ROBBINS, DEREK (1991): *The work of Pierre Bourdieu*. Open University Press. London.

POKOL BÉLA

ADALÉK BOURDIEU ÉS LUHMANN ELMÉLETÉNEK
ÖSSZEHASONLÍTÁSÁHOZ

(Összefoglalás)

A tanulmány Niklas Luhmann német és Pierre Bourdieu francia szociológus elméletét elemzi és hasonlítja össze. A szerző korábbi tanulmányaiban már néhány alapponton módosítási javaslatokkal élt Luhmann funkcionális rendszerelméletével kapcsolatban, és a professzionális alrendszer fogalmát vezette be. A szerző szerint e módosítással a luhmanni elmélet közelebb került Pierre Bourdieu neomarxista alapállású elméletéhez. A mostani tanulmányban a szerző a módosított luhmanni elmélet és Bourdieu elmélete közötti hasonlóságokat és eltéréseket elemzi.

RAKONCZAI JÁNOS

A karteizianizmus és a magyar politikai közgondolkodás

A középkor századaiban úgy tűnt, a legfőbb tudomány a teológia. A középkor végén, az új kor hajnalán azonban a filozófia egyre sürgetőbben követelte vissza régi helyét, azt a szerepet, melyet az ókorban játszott. A reneszánsz, amint a neve is mutatja, az ókori görög–latin műveltség iránti érdeklődés újjáéledésének korszaka, a humanizmus pedig az emberközpontúságra utal. A jelenkori filozófiai irányzatok az ókori filozófiában gyökereznek, kiindulópontjuk azonban a racionalizmus, pontosabban Descartes filozófiai rendszere, a karteizianizmus.

Descartes fellépése fordulópontot jelentett az európai gondolkodás történetében. Hatása mindmáig érezhető. Sokak véleménye szerint ő az újkor legnagyobb hatású gondolkodója. Jelentőségét abban kell látnunk, hogy olyan módszert dolgozott ki a *Discours de la Méthode* c. művében, mely elvezet a transzcendentális filozófiák tagadásához, végsősorban az ateizmushoz és a materializmushoz is, bár ő mindig óvott attól, hogy módszerét a teológia terén is alkalmazzzák. Ez az „óvás” azonban nagyon hasonlít a dinamit avagy az atombomba felfedezőinek tiltakozásaihoz, hogy találmányukat emberek pusztítására is felhasználják. Vagyis ösztönösege erősen megkérdőjelezhető. Racionalizmusa elvezet a machiavellizmushoz, melyet filozófiailag igazol, vagyis a tudomány szintjére emeli a politikát, amely – s ezt alig tagadhatja bárki – napjainkban is az első számú tudomány.

Bizonyára akadnak, akik e megállapítással nem értenek egyet. Kísértenek még napjainkban is idealista elképzelések a társadalmi mozgásokról, az eszmék elsőbbségéről e társadalmi mozgásokban, de a beavatottak jól tudják, minden tudomány, mindenféle művészet *mindenféle emberi tevékenység alfája és omegája a politika*. Ez természetesen magába foglalja a gazdasági tevékenységet is, de e kettő közel a politika a determináns. A gazdasági szféra nyilvánvalóan befolyásolja a politikai mozgásteret, de korunk ismételten megmutatta, hogy nem a gazdasági tényező a döntő. Ha az lenne, akkor már régen elsöpörte volna a nyomor, az ebből fakadó népharag napjaink diktátorait. Az állami szuverenitás tévesen értelmezett, hamis dogmája azonban politikai védelmet nyújt

nekik. A machiavellizmus fegyverét ügyesen forgatva, a nagyhatalmak kölcsönös bizalmatlanságát kihasználva ügyesen lavírozva fenntartják magukat.

Descartes számos helyen hivatkozik Machiavellire. Ha valaki, ő észrevette, mily korszakos jelentőségű az olasz gondolkodó *Il Principe* c. műve. Maga Descartes homályosan fogalmaz, hogy elkerülje a támadásokat mind a jezsuiták, mind a szélsőséges protestáns teológusok részéről (ismeretes, hogy jobbnak látta Hollandiába áttelepülni, majd elfogadva Krisztina svéd királynő meghívását onnan is emigrált, és Stockholmban halt meg 1650-ben). Félreérthetetlenek azonban e sorok „*Én, ki a világ színpadára lépek, álarcot öltök és szerepet játszom mindvégig*”. Igazi énjét, igazi meggyőződését tehát titkolja, kidolgoz azonban egy olyan módszert, mely elkerülhetetlenül megrengeti a középkor vallásosságát, s elvezet a modern világtérképhez.

Descartes munkásságának legfontosabb területe saját megítélése szerint is nem a módszer, hanem *erkölcstana*. Ennek rendszerét nem dolgozta ki, erkölcsi nézeteit leveleiből, főleg az Erzsébethhez¹ írottakból lehet összeállítani. A doktrína, melyben a modern politika-tudomány nyugszik, lényegében a kettős erkölcs tanát foglalja magában. E félelmetes tanítás azt mondja ki, hogy kétféle erkölcs van: egy *abszolút* erkölcs, mely az Istenség attribútuma, s amely az esendő, az eredendő bűnben fogant ember számára elérhetetlen, s az ideiglenes erkölcs, mely alapján életünket berendezzük, mely mindennapi cselekvéseinkben szolgál normául. A becsületes ember, a „gentilhomme”, az „uomo gentile” számára az élet azt a feladatot jelöli ki, hogy a két erkölcsöt próbálja közelíteni egymáshoz, még akkor is, ha tudja: a vállalkozás reménytelen. Az ideiglenes erkölcs, a „*morale provisoire*” sohasem fog egybeesni a „*morale absolue*”-vel. A goethei „Immer höher muss ich steigen”, vagy a madáchi „Ember küzdj és bízva bízzál!” ebből az erkölcsi követelményből fakad, ugyanúgy, mint a kanti kategorikus imperativusz.

A politikának ez a mindenhatósága az újkor „vívmánya”. A modern korban ugyanis minden összefügg, megszűntek a távolságok, s egyetlen nép, nemzet sem vonhatja ki magát a politika befolyása alól. Természetesen vannak fontos földrajzi tényezők: másképpen jelentkezik a politika mondjuk Új-Zélandban, mint Európában. De egy atomháború Új-Zélandban is az emberi élet végét jelentheti.

Vagyis vannak „politikus” kontinensek, vannak „politikus” nemzetek. Vajon politikus nép-e a magyar? Erre a kérdésre igyekszünk feleletet találni.

Hazánkba a karteizianizmus viszonylag korán eljutott. Apáczai Csere János Kis Magyar Encyklopaediája, mely a karteizianizmus kátéjának tekinthető, már 1653-ban megjelent. Tehát 18 évvel a Discours (1635) első kiadása után. Hihetetlennek tűnik ez, ha nem tudnánk, hogy Erdély a haladás élvonalában járt,

¹ Németországi hercegnő, aki Prágában élt számkivetésben. René Descartes, Lettres sur la morale, Correspondance avec la Princesse Elisabeth... Boivin, Paris, 1935. Idézi KALOCSAI DEZSŐ: *Descartes etikája* c. művében, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1964.

hiszen a tordai országgyűlésen már 1542-ben deklarálták a szabad vallásgyakorlást. A karteizianizmus tehát magyar nyelvterületen viszonylag korán jelentkezett. Nem is ildomos megvizsgálni, hogy a szomszédos országokban, pláne keleten mikor jelentkezik Descartes az ottani szellemi életben. Az indulással tehát nincs semmi baj. A XVII. században a magyar szellemi élet szinte egy vonalban van a nyugat-európai fejlődéssel. A hivatalos nyelv a tudós világban még a latin, Descartes is latinul jelenteti meg művét, latinul pedig Magyarországon és Erdélyben kitűnően tudnak az írástudók. A protestáns egyetemeken tanuló teológusok a kor legmodernebb eszményeivel tarsolyukban térnek meg, s azokat ha szűk körben is, azonnal terjesztik. Vajon hány évvel, évtizeddel vagyunk ma lemaradva Nyugat-Európa, illetve Amerika, s Japán mögött? (1989)

A sajátos magyar viszonyok miatt Apáczai Csere életműve torzóban maradt. Ahelyett, hogy áthatotta volna az egész magyar közgondolkodást; így a politikát is, a mű alig hatott. Helyette más ideológiák, más filozófiai koncepciók terjedtek el hazánkban.

A következő század francia század. A francia lép a korábbi latin helyébe, erről tanúskodnak a mi 18. századi könyvtáraink is. Elképesztő mennyiségben áramlanak be a francia könyvek, melyek a felvilágosodás eszméit terjesztik, végső soron azonban Descartes, azaz a karteizianizmus diadalát jelezve. Nem merész állítás megkockáztatni, hogy Descartes nélkül nincs felvilágosodás. Descartes módszerét alkalmazva a kor nagy szellemei szinte megmámorosodva vetik magukat a természettudományokra, a társadalomtudományokra és természetesen a filozófiára, nem kímélve a teológiát sem. Kialakul a modern államdoktrina, filozófiai megalapozást nyer a politika, megszületik napjainkra a politológia.

A karteizianizmus politikai vetülete a nemzeti állam² s annak ideológiája. Amíg az egyéni életben Descartes felállítja a kettős erkölcs kategóriáját, s az egyes ember feladatává teszi az *abszolút erkölcs* felé való törekvést, a közösség, az állam érdekében deklarálja az *ideiglenes erkölcs* elsőbbségét, sőt kizárólagosságát, kijelentve, hogy az állam érdeke, a közösség, a nemzet érdeke a legfőbb princípium, s illetéknéppen minden eszköz megengedett e népi, nemzeti érdek érvényesítésére. A gondolat Machiavelli nézeteiben fogant, de Descartes továbbfejleszti. Míg Machiavelli azt vallja, a princípének minden eszköz megengedett, Descartes „szublimálja”, személyteleníti ezt az elvet vagyis: az állam érdekében a politikusoknak minden eszköz megengedett.

Ha körülnézünk napjaink világában, láthatjuk, mennyire él ez az elv a 20. század végén is, sőt reneszánszát éli. A politikát ezért látják sokan a megfélemlítés, a hazudozás, a köpönyegforgatás, az árulás, a hátulról ledöfés, minden ocsmányság küzdőterének, s ez okozza, hogy az ún. „becsületes”, törvénytisztelő, erkölcsi normák szerint élő emberek (s hála Istennek, ilyenek vannak ma is többségben) egyszerűen nem tudnak tájékozódni, teljesen dezorientáltak, nem

² Melyeket később a felvilágosodás ideológusai fogalmaznak meg.

értik a világban zajló folyamatokat. Valami olyasmi sejlik fel bennük, hogy a politikus eleve gonosztevő, a politika szennyes dolog, becsületes ember nem ártja bele magát.

Ugyanakkor a valóság az, hogy a politika ettől függetlenül meghatározza minden lépésüket, társadalmi helyzetüket, életszínvonalukat, emberi tartásukat, még moráljukat is.

Ismeretes a magyar szellemtörténetben az ún. „bécsi kapu” elve. Ez azt jelenti, hogy a nyugati szellemi áramlatok a mohácsi vész óta Bécsen keresztül jutnak el Magyarországra, még a francia hatás is, lásd a testőrírókat. Ez a megszürt, erősen a német idealizmus jegyeit viselő világnézet évszázadokon át eltorzította a magyar alkatot, azt a páratlanul okos, a körülményekhez igazodni tudó külpolitikai koncepciót, mely végigvonul az Árpád-koron, de jellemzi az Anjou-kat és Hunyadi Mátyás korát is. Márpedig ezek voltak a magyar múlt nagy századai.³

A német idealizmus nem támaszkodik épkezláb politikai doktrinára, a széttagoltság, a vereség filozófiája, hiszen a harmincéves háború adott neki tápot. Egyik kiemelkedő alakja a Voltaire által kiméretlen gúnnyal idézett Leibniz, akinek „Tout est pour le mieux dans le meilleur des mondes possibles” elve⁴ valóban nevetséges állítása napjainkban még otrombább, mint a maga korában volt. Azt állítani, hogy a világ jó, hogy a lehető legjobb világban élünk, gyermeki naivitás.

Nos, ez a német szubjektív idealizmus mély gyökereket eresztett Magyarországon. Kialakult a „lovagias nemzet” hamis képzete (*Vitam et sanguinem pro regina nostra*), s ez mérhetetlen károkat okozott, veszteségekhez, kudarcokhoz vezetett. Mint mindenütt, a politikában is a megfelelő pillanat megragadása a döntő.⁵ Ha ezt morális gátlások miatt egy nemzet (hangsúlyozni kell, Descartes felfogása csak nemzetekre, nagy közösségekre vonatkozik) elszalasztja, nemzedékeken keresztül lakol e mulasztásért. Végig kellene menni újabbkori történelmünkön, hogy példákkal szemléltessük e szomorú tényt. Bocskai elfogadhatta volna a koronát a szultántól, ha nincsenek ilyen gátlásai. Rákócziól karnyújtásra volt a végső győzelem a trencsényi csata előestéjén. 1848-ban Kossuth fellázíthatta volna a forrongó bécsi tömeget, amikor felmutatta a Ferdinánd által aláírt felelős kormány kinevezését. A magyar csapatok átléphettek volna az osztrák határt, s Bécsig nyomulhattak volna a tavaszi hadjárat során. 1867-ben solferinói és königráti vereség után Deák emelhetne volna a követelményeket (az osztrákok várták is ezt), s így elérhető lett volna a pusztán perszonális unió. Teleki László, a letehetségesebb politikus, lelkiismereti konfliktusba keveredett, s önmaga oltotta ki életét, amikor nagy szerep várhatott volna rá a kiegye-

³ Erdélyben is termékeny talajra talált a karteizianizmus, lásd Bocskay, különösen Bethlen politikáját.

⁴ „Minden a lehető legjobb a lehető legjobb világban” – Voltaire átíratában (*Candide*).

⁵ kairosz = megfelelés, célszerűség, kellő pillanat.

után, beáll a küzdőterre, vezeti a Függetlenségi Pártot, s felkészíti a magyarságot 1914-re. S Teleki Pál nem ilyen lelkiismereti konfliktus áldozata lett? Nem lett volna helyesebb tovább kormányoznia az állam hajóját azokban a veszedelmes időkben, s ellensúlyozni a politikában járatlan Horthyt, aki hallgatott rá? S vajon Horthy a maga „úri becsületével” nem ugyanezt a vonalat képviselte, amikor kijelentette: „Én még egy Hitlernek adott szavamat sem szegem meg. Ha kilépek a háborúból(!), előtte értesítem Hitlert.” Mintha a középkorban valami lovagi tornán volnánk. Az a filmjelenet jut eszünkbe, melyet egyetlen valamirevaló rendező sem hagy ki, amikor is a főhős kiüti ellenfele kezéből a kardot, majd lehajol, felemeli azt, s ahelyett hogy ledöfné ellenfelét (sajnos, a politikában ez járja), átnyújtja neki, s a viadal továbbfolytatódik. De legújabb történelmünk még fájdalmasabb példákkal szolgál. Nagy Imre elhiszi Andropovnak, hogy a szovjet csapatok kivonulnak, hiszen erre írást is adtak. Maléter elindul Tökölre, ahol keleti ravaszsággal török módra törbe csalják. Felháborodottan tiltakozik, amikor egyik kísérője figyelmezteti a veszélyre, hiszen „a szovjetek aláírták a kivonulásról szóló egyezményt”, magyarul: szavukat adták, s úriember ezt nem vonhatja kétségbe.⁶

Azt hiszem, elég a példákból. Eljutunk a Szabó Dezső által annyiszor emlegetett balek magyar fogalomhoz.

Bizony, balek nép a magyar! Az első világháború nyugaton dől el, a magyar csapatok mindenütt ellenséges területen állomásoznak, vereséget sehol sem szenvednek (Piave csak epizód volt a háborúban), szabályosan hazajönnek, leszerelnek, hazatérnek, s értetlenül nézik, hogy a hadsereggel korábban nem rendelkező csehek, valamint a legyőzött románok és szerbek besétálnak az ország szívébe. Nézik, mert elhiszik, hogy igazságos béke születik, hogy Wilson igazat mond. Engedelmes birkákként még a Vörös Hadsereg katonái is visszafordulnak Északról, mert elhiszik, hogy az ultimátum mögött katonai erő is van. Bezzeg a törökök nem így cselekedtek! Kemál Atatürk vezetésével kiűzték a görögöket, átálltak a nyugati tömbbe, s azóta útjuk felfelé ível. Úgy látszik, az ő józan paraszti eszét nem homályosította el a német szubjektív idealizmus. Lehet, hogy nem olvasta Leibnizet, Kantot és Hegelt, hanem ösztöneire hallgatott. Tudta, hogy válságos helyzetekben hogyan kell viselkedni, mi a teendő, ha egy nép nagy veszélyben van.

Franciaországban a karteizianizmus kettős erkölcs, akármilyen furcsán hangzik is, már Descartes előtt is jelen volt. Descartes gyakorlatilag csak megfogalmazta, s politikai doktrínává, zsinórmértékké tette. A francia politika sikerei századokon át a descartes-i etika sikerei is. A francia forradalom előkészíté-

⁶ Azt mondhatná valaki: elég a példákból, de nem így van. A sorozat még most sem ért véget. 40 év kommunista uralom sem változtatta meg a magyar politikai karaktert. Amikor Genscher azt kérdezte Németh Miklóstól „S mit kérnek maguk ezért cserébe”, a válasz így hangzott: „további erkölcsi és politikai támogatást”, ehelyett „Vállalják át 20 milliárd dollár nettó adósságunkat!”. Egy órán belül igent mondtak volna. Azaz fizessék ki a háborús adósságot, melyet Hitler hagyott maga után. Bezzeg Ceausescu dollár-milliárdokért adta el nekik az erdélyi szászokat.

sében játszott szerepéről már szóltunk. A nemzetállam kialakulásának morális alapja lesz. Átvesszi valamennyi modern nemzetállam. A kontinenstől magukat látszólag távoltartó angolok művészi tökélyre fejlesztik, ez lesz politikai sikereik legfőbb záloga. Az a híres angol doktrína, mely szerint mindig a gyengébbel kell szövetkezni az erősebb ellenfél ellen, évszázadok óta megfigyelhető, s ma éppoly jellemző az angolszászokra, így Amerikára is, mint mondjuk a viktóriánus kor Angliájára. Így szövetkeztek az I. világháború előtt a gyengébbnek tartott franciákkal a félelmetes katonai és gazdasági potenciállal rendelkező Németország ellen. Ez megismétlődött a II. világháború előestéjén. Anglia elutasította Hitler többszöri békeajánlatát, mert tartott egy olyan partnertől aki fejére nőhet. A teljesen azonosuló amerikai-angol politika a gyengébbnek tartott Szovjetuniót választotta, mely potenciálisan kevesebb veszélyt jelentett a győztes háború után. Így működik ma együtt az USA és Kína (1989). Vagyis a játék folytatódik. Egy erős szövetséges nagyobb veszély, mint egy erősebb ellenség. Mi ez, ha nem machiavellizmus? Mivel volt magyarázható a nagy koalíció a kapitalizmus és a kommunizmus között, ha nem ezzel a politikai doktrínával? Ma már mindenki látja, sokkal közelebb állt egymáshoz a két egymás ellen gyűlölködő diktatúra, Hitleré és Sztáliné (azért is tudtak 24 óra alatt megegyezni 1939. augusztus 23-án). S a machiavellista angolszászoknak sikerült éveket verni közük, s a maguk oldalára billenteni a mérleg nyelvét.

Már említettük, hogy a környező országokban a karteziánizmus a maga korában nem hatott. Persze, mondhatná valaki, a karteziánus kettős erkölcsnek van egy keleti formája, mely ősidők óta ismert. Már Livius is emlegeti a „Punica fides”-t, a pun hitszegést Hannibállal kapcsolatban. A keleti népek (kínaiak, japánok) elképesztő kegyetlenkedései is rokon ideológiából fakadnak. S van egy fanarióta változat is a Balkánon. (Maspero Kína történetéből tudjuk, hogy a II. pun háborúval időben nagyjából egybeeső nagy háborúban az egyik győztes kínai hadvezér 600.000 magát megadó katona fejét üttette le, vagyis a Katyn nem egyedülálló vérengzés a hadtörténelemben). Mégis a descartes-i kettős erkölcs uralkodó politikai doktrína napjainkban is, mert a technika fejlődése az amerikai civilizáció hegemoniáját hozta az egész világon, ez pedig az európai civilizáció átplántálása az Új Világba. Így akarva nem akarva minden nép a descartes-i elveken nyugvó európai (amerikai) civilizációban él.

Eljutottunk közeli szomszédainkhoz, akik mint említettük történelmi okok miatt (török hódoltság, cári orosz uralom) későn kerültek kapcsolatba Descartes eszméivel. Lényegében a francia orientáció adta nekik készen ezt a politikai doktrínát a 19. század végén. A francia nyelvvel együtt vették át. Brunot *Histoire de la langue française* c. nagy monográfiájának a *La France et l'étranger* c. kötetében a Magyarországról szóló fejezet tudományos hitelességgel számol be a korai kapcsolatokról is (kalandozások kora, francia eredetű pápa, aki Istvánnak koronát küld, a középkori Sorbonne-on tanuló magyar fiatalok százai, III. Béla két francia származású felesége stb.). Ha megnézzük a *La France et la Roumanie* c. fejezetet, nem hiszünk a szemünknek: az első román

diák Párizsban, akiről feljegyzés marad fenn, egy Bogdan nevű, 1820-ból. Lehet, hogy ez is erdélyi volt. De a szerbek sem állnak jobban. Ez történelmi-földrajzi helyzetükkel magyarázható. Más a helyzet a lengyelekkel, csehekkel. E kapcsolatok számosak és régiek. A későbbi kisantant államok azonban csak a 20. századforduló táján kezdenek Franciaország felé orientálódni. E francia orientáció kézzelfogható jele a francia diplomácia kifinomult fogásainak átvétele, szinte szolgálai utánzása. Jó tanítványoknak bizonyultak. Mialatt mi még a német idealizmus gátlásaival küszködünk, ők merészen alkalmazzák a frissen szerzett tudományt: politikai gyilkosságok, titkos egyezmény, a szövetséges cserbenhagyása, majd hátbatámadása, megtévesztő politikai propaganda, az erősebb mellé állás művészete, a kiugrás magas iskolája, a hazugság, a hazudozás állami rangra emelése, az ellenfél bekerítése, szövetkezés a zsákmány megszerzésére, majd annak megtartására, úgy, hogy a megrabolt, kifosztott áldozat mindig egyedül maradjon, a 3:1-es felállítás, vagyis, ha ott kommunizmus van, náluk kapitalizmus polgári demokráciával, ha ott a demokrácia felé nyitnak, mi sztálinisták maradunk, mert az több lehetőséget nyújt a kisebbség felmorzsolására. Az ugyanis kautélát sem tartalmaz a kisebbségek védelmére, bár állandóan hangoztatja a lenini nemzetiségi elvet. Az a politikai bűjőcska, mely a Duna völgyében a 20. század eleje óta folyik, s melyben mi mindig a bárány szerepét játsszuk, míg ők a farkasok: mindez a descartes-i kettős erkölcs doktrínájában gyökerezik.

Kívülről, külső néző számára elég mulatságos lehet e színjáték, de nekünk, akik akarattal ellenére vállaltuk a bárány szerepét, korántsem olyan szórakoztató e játék.

Végül arra a kérdésre, politikus nép-e a magyar? Sajnos, nemmel kell válaszolnunk. Az volt, de ismét azzá kell válnia. Magyarországon mindenki politizál, különösen napjainkban, de ez korántsem jelenti, hogy politikus nép vagyunk. Nagy politikai hagyományaink vannak, de zsákutcába kerültünk. Az Árpádok, az Anjou-k és Hunyadiak hagyományaihoz kell visszatérnünk. Tanulnunk kell a nagy erdélyi fejedelmektől, a Báthoryaktól, Bethlenektől. Talán *Bethlen Gábor volt az utolsó nagyformátumú politikus e glóbuszon*. olyan politikus, akinek hatalom is volt a kezében. Ne vigasztaljon senkit az a tény, hogy tanítómestereink, a németek sem azok! Politikus nép a francia, az angol, az amerikai. Gondoljuk meg: a franciákat a II. világháborúban már az első menetben kiütötték. Afrikában még háborúba is bonyolódtak a szövetségesekkel, ennek ellenére a háború után a „drôle de guerre”⁷ után a döntőbírák, a békecsinálók Franciaországot győztesnek hozták ki, s ma Franciaország nagyobb, erősebb, hatalmasabb, mint valaha. Atomhatalom kvázi független külpolitikával. Az egyetlen európai nagyhatalom, mely az 5. század óta független ország. A német „homo oeconomicus”, a francia „homo politicus”. Ez az igazság. Vi-

⁷ Fura háború.

gasztalja őket azonban az, hogy közel 90 millióan vannak Európa szívében, s a németiség gazdasági nagyhatalom. De politikailag kiskorúak.

Volt-e valaha is politikus nép a magyar? Bizony volt. Archiregnum volt az Árpádok, az Anjou-k és Mátyás alatt, s nem véletlenül. Azt mondhatja valaki, akkor más volt a helyzet. Történelmi helyzet mindig volt. A történelmi Magyarország két szuperhatalom Bizánc és a Német-Római Császárság közé beékelődve tudott nagyhatalom lenni évszázadokig. Azért, mert jó volt a politikája. Nyugaton Franciaország volt ilyen.

Skandinávia jelentéktelen volt, Anglia belemerült a 100 éves háborúba, majd a Rózsák háborújába, Spanyolország arab uralom alatt nyögött 700 évig, Olaszország mozaikállamokra volt feldarabolva, Oroszország tatár iga alatt, s ebben a történelmi helyzetben egy magyar nagyhatalom áll szilárdan Európa e részén. Példának hadd említsük meg még a keresztes háborúkat, melyeket a magyarság csak szemlél, de II. András inkább kirándulásnak nevezhető hadjáratától eltekintve, melyre a pápa unszolására vállalkozott, nem vesz részt, jóllehet a keresztesek itt vonulnak keresztül. Vagy vegyük III. Béla esetét, aki magával viszi Bizáncba Dalmáciát, majd amikor visszatér, és elfoglalja a trónt, nem kéri vissza. Kivár. Politikus agy. Megvárja a kedvező pillanatot, s amikor Manuel meghal, akkor lecsap, s visszaszerzi örökségét. Házasságai is helyes politikai érzékre mutatnak. Azt is megkérdézhetnénk, Könyves Kálmán miért Kijevből hozott asszonyt magának. Az Anjou-k miért lettek oly kiváló uralkodók? Mátyás miért Nápolyból házasodott?

Sorolhatnánk a példákat.

Még egy kérdésre kell válaszolnunk? Lehet-e újra politikus nép a magyar?

Erre határozott igennel kell felelnünk. Igen, lehet.

A földrajzi, politikai, geopolitikai tényezők nem változtak. A két szuperhatalom ma is jelen van a térségben. Ceausescu attól retteg, hogy a magyarok „lepaktálnak” valamelyik nagyhatalommal. S ez neki végzetes lenne. Hát még akkor, ha mindkét nagyhatalom támogatását tudnánk élvezni egy döntő történelmi pillanatban.

Erre megvan a lehetőség, mert a politikában minden lehetséges és mindennek az ellenkezője is.

Az „Ego sum captivus Gallicus”⁸-ban olvasható egy megszívlelendő mondat. Egy egyszerű román szájába adja a francia szerző, aki ide menekült hadifogoly volt Magyarországon a II. világháború alatt, e szavakat:

„Bolond nép a magyar, mindig bolond volt, csak régen erős volt, ma már csak bolond.”

Súlyos ítélete ez a magyar külpolitikának.

A német idealizmuson felnövekedett magyar politikai közgondolkodás nem tudott válaszolni a kor kihívásaira. Ez különösen a két világháborúban mutatkozott meg. Olyan célokért harcoltunk, melyek nem szolgálták népünk érdekeit.

⁸ Francia hadifogoly vagyok.

Tudtuk, mégsem változtattunk helyzetünkön. Kötött a „szövetségi hűség”. Nem ismerte fel a magyar politikai vezetés, de még a középosztály sem, hogy a kis népek bölcsessége nem az állhatatosság, hanem éppen ennek ellenkezője, a köpönyegforgatás, az erősebb mellé állás a döntő pillanatban. Itt nincs morális konzekvencia: az erősebbnek mindig igaza van. Hogyan is mondja La Fontaine: „La raison du plus fort est toujours la meilleure.” Milyen egyszerű, s mégis mi ezt nem tudjuk. Ezért én úgy vélem, nem végzettség, nem geopolitikai helyzet okozta kudarcainkat, hanem a politikai kétszerkettőnek a nem ismerése. Az angolokat emlegettük korábban Anekdotikus, de számunkra tragikusan igaz, amit az angolokról mondanak: ők azt tartják, mindig az utolsó csatát kell megnyerni. Az nyeri a háborút, aki az utolsó csatából győztesen kerül ki. Ezért van az, hogy az angolok az első csatákat rendre elveszítik, de arra ügyelnek, hogy az utolsóból, a döntő összecsapásból ők kerüljenek ki győztesen. S a történelem őket igazolja. A másik oka évszázados sikereiknek: a koalíciós politika, melyről már korábban szoltunk. Ebbe beletartozik a bekerítés is, ennek is megvan a maga kidolgozott elmélete. Mindig a középre szoruló veszít, arra kell tehát ügyelni, hogy be ne kerítsenek. A mai három nagyhatalom koalíciós politikájában az alábbi variációk lehetségesek:

1. Amerika + Szovjetunió kontra Kína,
2. Amerika + Kína kontra Szovjetunió,
3. Szovjetunió + Kína kontra Amerika.

Vegyük fontolóra e három lehetőséget az Egyesült Államok szempontjából! Az első variáció biztos győzelem egy igen erős szövetséggel, aki fejünkre nőhet, tehát nem járható út.

A második variáció ugyancsak biztos győzelem egy viszonylag fejletlen, hosszú ideig veszélyt nem jelentő hatalommal, tehát előnyös megoldás.

A harmadik kimenetele bizonytalan, nem reális.

Nagyon valószínű, hogy az USA, melynek szövetségese Németország, Japán és a többi nyugat-európai ország, egy ilyen háborút is megnyerne, ahogyan megnyerte a két világháborút is.

Mivel a másik két szuperhatalom is mérlegel, ez a harmadik változat nem valószínű. Miért? Mert az a nagyhatalom, amely Amerikával társul, erőnyerő, azaz biztos győztes. Így aligha valószínű, hogy bármelyik fél (SZU, Kína) lemondana a biztos győzelemről a bizonytalanért. Végso soron tehát versengés indul (indult) meg Amerika szövetségéért. Tehát: Amerika választja meg szövetségését; aki e hatalom szövetségese, biztos nyerő. Ez a politikai kétszerkettő.

Sok szemrehányás illette a franciákat Trianonért és jogosan. De vajon méltányos volt-e ez a kritika? Nézzük meg a tényeket! Egy ország, egy nemzet éle-

teben két döntő tényező van: a területi integritás és a szuverenitás. A többi mind másodlagos. Melyik a fontosabb ezek közül? Szerintem a szuverenitás.⁹

Ha egy nemzet szuverén, tehát külpolitikai döntéseiben szabad, okos döntésekkel visszaszerezheti területi integritását. A területi integritás nem biztos, hogy elvezet a szuverenitáshoz. Példának hadd említsem meg Romániát az I. világháború előtt. Szuverén állam volt, s ügyes külpolitikával megnövelte területét. Magyarország területi integritása adott volt, de szuverenitás hiányában elvesztette területeinek 3/4 részét. 1945 azért volt a magyar történelem legmélyebb pontja, mert egyszerre veszítettük el területeinket és állami függetlenségünket is. (Trianonnal súlyosbított Mohács vár a magyarságra – mondta a magyar nép „nagy tanítója” az orosz fogságba esett magyar katonáknak, s ebben az egy dologban igaza volt.)

A történelemben minden lehetséges és mindennek az ellenkezője is. Lehetőség tehát mindig van, volt és lesz. A siker attól függ, meg tudja-e egy nép ragadni a kínálkozó alkalmat.

Nálunk a sok kudarc következményeként defetizmus lett úrrá a lelkeken. Herderi jóslat és egyéb ködös nézetek mögé rejtőzik ez a defetizmus. Pedig ha visszapergetjük az eseményeket, azt kell mondanunk, másképpen is lehetett volna. Nem törvényszerű az, hogy mi lettünk az „utolsó csatlósok”. Talán még a háborúba sem kellett volna belépniük. Elég lett volna a spanyolok módjára „önkénteseket” küldeni. Rizikót kellett volna vállalnunk. A hadsereget felkészíteni a német invázióra, ami várható volt. Ha Horthy nem „country gentleman” módjára viselkedik, hanem felkészül az utolsó felvonásra, nem megy ki Klessheimbe, hanem például Munkácsra utazik, ott mint legfelsőbb hadúr az ősi várban felütve főhadiszállását bejelenti, hogy hadban állunk a Német Birodalommal, mely hitszegően megtámadott bennünket, s ugyanakkor széles vonalban megnyitja a keleti határokat a már a Kárpátok előterében harcoló szovjetek előtt, akkor az oroszok Szlovákián átzúdulva májusban már Bécset ostromolják, a háború egy fél évvel korábban eldőlt, s ezzel olyan szolgáltatokat tettünk volna a szövetségeseknek, hogy azt nem lehetett volna nem jutalmazni. S ráadásul, ha még megtámadja Dél-Erdélyt, azaz a még német szövetségben harcoló Romániát, ezzel óriási zavart keltett volna keleti szomszédunknál, megzavarta volna kiugrási kísérletüket, háborúba bonyolódtak volna velünk, s a végén le kellett volna tenniük a fegyvert a magyarok előtt. Ez pedig egész Erdélyt jelenthette volna nekünk. Ehelyett Horthy kivárt, legitimálta a német inváziót, ezzel csírájában elfojtott minden lehetséges ellenállást a németekkel szemben, időt adott a románoknak a kiugrásra, majd annak megtörténte után szeptember első napjaiban megtámadta a már a Nagy Koalíció szövetségeseként harcoló Romániát! Ennél nagyobb baklövést talán nem is ismer a történelem. Nem sokkal később

⁹ A Horthy-korszakban elhallgatták, hogy Trianonban 1526 után először visszanyertük szuverenitásunkat.

megszégyenülten, véres fejjel vonultak vissza csapataink, a románok meg fellélegezhettek: „Ismét a miénk egész Erdély. Horthy tálcán nyújtotta felénk.”

Ilyen egyszerű a politikai kétszerkettő. Nem nehéz megtanulni. Az idő mutatja meg, megtanultuk-e.

E kemény sorok után kétségeim támadtak: teljes objektivitással zártam-e le a témát, képes voltam-e, „sine ira et studio” megközelíteni e kényes kérdést.

Úgy érzem, a megállapítások érvényesek az utóbbi évszázadokra. De az igazság kedvéért azt is meg kell jegyezni, a negatívumok a vezető rétegekre vonatkoznak, főleg az utóbbi száz évben, s nem a magyar nép nagy többségét kitevő parasztságra.

A másik kétség a jövőt illetően merült fel. Vajon, amit a múlt bizonyít, egyértelműen tanúsít, a jövőre is érvényes-e? A nagy átalakulás Nyugat-Európában, az Amerikai Egyesült Államok kétszáz éves története, a demokrácia ottani sikerei reménnyel töltenek el. 1992 új korszak kezdetét jelenti majd Európában.¹⁰ Egy új nagyhatalom körvonalai bontakoznak ki, egy gazdasági és politikai nagyhatalomé, mely ugyanakkor a világ elsőszámú intellektuális nagyhatalma is lesz. Megindul Európa nyugati felén az Európai Egyesült Államok felépítésének első szakasza. A jelek szerint ez a kísérlet eleve *sikerre* van ítélve. Ennek hatása Európa keleti felére leírhatatlan, ma még felbecsülhetetlen. Mint a mágnes, úgy fogja vonzani Európa keleti felét a prosperáló Nyugat-Európa. Ha most a kelet-németek szavaznak „lábukkal”, 1992 után egész Kelet-Európa a véleménynyilvánításnak ezt a módját választhatja, ami katasztrófális lehet az ott még működő autokratikus rendszerekre. Nem lehet tehát messze az az idő, amikor Európa egyesül, megalakul a hön óhajtott Egyesült Európa. Sok lángelme, gondolkodó, politikus, államférfi egykori utópiája válik ezzel valósággá.¹¹ S mi magyarok ebben az Egyesült Európában nemcsak helyünket találhatjuk meg, mégpedig annak szívében (ha igaz, Európa földrajzi középpontja Solt közelében van), hanem közel egy évszázados sérelmeink jogos orvoslását is. Elvégre a régiók Európája lesz az, s ebben a Kárpát-medence az egyik legfontosabb gazdasági és kulturális régió. Másfelől itt találkozunk a három nagy európai nyelvcsalád: latinok, germánok, szlávok vesznek körül bennünket, s ezért e régió etnikailag is a legszínesebb. Ebből csak hasznunk lehet. A Kárpát-medencét kitöltő lakosság többsége magyar, a centripetális erő hatása folytán, ami a politikában és a gazdasági életben, ugyanúgy a kultúrában is hat, e régió természetes központja Budapest. A magyarság, mint nem indoeurópai nép alkalmas arra, hogy a három nagy nyelvcsaládhoz tartozó európai etnikum között összekötő láncszem legyen, erre predestinál történelmünk és a latin nyelvű kereszténységhez való csatlakozásunk is.

¹⁰ Nyugat-Európai Unió.

¹¹ Kossuth és Jászi konföderációs terve lényeges eleme lehet a közép-európai népek megbékélésének.

A jelenlegi átalakulások, melyek viharos gyorsasággal folynak, a külföld bámulatát váltják ki. Akik azonban ismerik történelmünket, (Clémenceau és Lloyd George és Wilson nem ismerték) nincsenek meglepődve azon, hogy e történelmi helyzetben a magyarság kiválóan játssza a rá kiosztott szerepet. Vannak történelmi analógiáink (1848, 1956), de távolabbra is tekinthetnénk, szabadságharcokban bővelkedünk. A „common people” politikai érettségét mutatja, hogy forradalmaink vértelenek. Csak akkor ömlött vér, amikor hitszegeőn hátba támadták azokat külső hatalmak.

Az Egyesült Európa honorálná mindazt, amit népünk egész Európáért áldozott. S hogy most emelt fővel járhatunk ismét, az 1956-os népfelkelésnek köszönhetjük, mely felnyitotta a világ szemét, megtisztította a magyar nevet, s jelentőségében a nagy Francia Forradalomhoz hasonlítható. E forradalom a sztálinizmusra oly csapást mért, melyet az soha többé nem képes kiheverni, s mely megváltoztatta a világtörténelem menetét.

(1989)

JÁNOS RAKONCZAI

LE CARTÉSIANISME ET LA PHILOSOPHIE POLITIQUE HONGROISE

(Résumé)

L'apparition de l'état national en Europe a accablé l'humanité d'un déluge de souffrances, d'humiliation, de frustration, de violation du droit de l'homme. Il a dogmatisé l'idée fondamentale du machiavellisme, sublimée dans la morale de Descartes, selon laquelle *tous les moyens sont permis dans l'intérêt de la communauté*. L'humanité gémit sous ce fardeau lourd depuis la Révolution française. La Deuxième Guerre mondiale avec ses dévastations sans pareille, surpassant toutes les guerres précédentes semble avoir ouvert les yeux du monde civilisé. Robert Schumann, De Gasperi et Adenauer (tous les trois partisans du mouvement chrétien-social) ont entamé un grand programme qui semble être près de s'accomplir: le programme de l'unification de l'Europe. L'an 1992 sera un tournant dans l'histoire non seulement de l'Europe, mais aussi dans celle du monde entier. A côté de l'Amérique, de Chine et de l'Inde l'Europe apparaîtra de nouveau sur la scène politique comme une formation politique unie, même si cette formation n'est pas encore complète. Le pas suivant pourra être l'Europe Unie jusqu'à l'Oural, proclamée par de Gaulle.

L'auteur estime que le XXI-ième siècle va combler les vœux des meilleurs: l'idée des États Unis d'Europe se réalisera. Par cela l'Europe pourra occuper de nouveau la place qui lui convient et qu'elle a occupée au moyen-âge. Et si nous jetons nos yeux attentifs sur la Scandinavie, nous y trouverons le modèle tout prêt qu'on peut employer tout de suite. Parmi les nations de l'Europe ce sont les peuples scandinaviens qui ont atteint l'âge adulte déjà au XX-ième siècle. L'appel dans l'esprit de Batsányi est bien actuel: Européens au seuil du XXI-ième siècle jetez vos yeux attentifs sur la Scandinavie!

(1989)

RUSZOLY JÓZSEF

Az alkotmánytörténet időszerűsége, 1989/90

(„A rendszerváltás forгатókönyvé”-hez)

„az 1946. évi I. törvénycikkkel [...] törtóriai jogi alapra helyezkedtünk”
(Antall József, 1989. szeptember 18-án)

Hat kötetben 1999–2000-ben jelent meg az 1989–1990-i alkotmányos fordulatot előkészítő kerekasztal-tárgyalások anyaga.¹ Ezt ugyan eddig még a kutatók alig használták,² ám így is bizonyos, hogy a további kutatásoknak nem csupán kiinduló pontja lehet, hanem maga is nélkülözhetetlen forrásanyagként szolgál. Előadásomhoz³ magam is fölhasználtam; annak írásbafoglalásánál pedig – mellőzve a többi fölvetett kérdést – csakis rá szűkítem témámat.

A magyar polgári alkotmánytörténet jó évszázadot átölelő korának (1848–1949), az újabb magyar alkotmánytörténetnek a kutatója vagyok; nem szívesen lépném túl az 1949: XX. törvénybe foglalt alkotmányunk előtti koalíciós korszak határát; ugyanakkor készséggel elismerem, hogy az 1949-től 1989-ig terjedő négy évtized is történelem már, s mint ilyen az alkotmánytörténetnek sem lehet sokáig mostoha gyermeke. Annál is inkább, mert már jócskán vannak rá vonatkozó jelenkortörténeti kutatások is. Számomra – s ezzel nem voltam egyedül – jó évtizede meg utóbb is éppenséggel az jelentett serkentő föladatot, hogy

¹ A rendszerváltás forгатókönyve. Kerekasztal-tárgyalások 1989-ben. Dokumentumok. 1–4. k. Főszerk. BOZÓKI ANDRÁS. Magvető, Bp., [1999.]; 5. k. Szerk: RIPP ZOLTÁN; 6. k. Szerk. KALMÁR MELINDA, RÉVÉSZ BÉLA. Új Mandátum Könyvkiadó, Bp. 2000. – A 6. k. alcíme: A Nemzeti Kerekasztal-tárgyalások politikai munkabizottságainak jegyzőkönyvei. – E kiadványra a szövegben kötet és lapszám szerint hivatkozom.

² SZENTPÉTERI ISTVÁN: A Kerek Asztalt követő tíz év néhány alkotmányjogi problémája. = Tanulmányok dr. Bérczi Imre egyetemi tanár születésének 70. évfordulójára. Acta Jur. et Pol. Szeged, Tom. LVIII. Szeged, 2000. 459–465.; RÉVÉSZ BÉLA: Az államiság értékeinek újrafoglalása a rendszerváltás viáiban. Acta Jur. et Pol. Szeged, Tom. LIX. Fasc. 15. Szeged, 2000.

³ Közleményem 2000. november 2-án, a milleniumi Magyar Tudomány Napja előestéjén Kecskeméten, a Tudomány és Technika Házában tartott hasonló című előadásmohoz kapcsolódó műhelytanulmányon alapszik.

akár az alkotmányozás egészét, akár egy-egy részletkérdést illetően kérve-kéretlen bogozhattam azokat a szálakat, amelyek az 1949. évi kartális alkotmányt megelőző polgári kori történeti alkotmányunkkal összeköthették (volna) *a fordulat* új, többé-kevésbé polgárinak elgondolt intézményeit.

Nem egy ezt tárgyzó megbeszélésen vettem részt (a legelső 1989 februárjában éppen Kecskeméten volt), annakidején néhány szakvéleményt is írtam, s hát több kapcsolódó írásomat is közzétettem; a közhasznosság és figyelembevétel reményében.⁴ Ez utóbbi azonban elmaradt. Az idők nem kedveztek a jogtörténeti fölvetéseknek. Egyébként is: a történeti megközelítés – ha nem is hiányozhatott újabb alkotmányfejlődésünk megalapozásánál – természetesen nem lehetett döntő szempont. A közvetetten honi előzmények, a külföldi példák, nemkülönben a változást előkészítő és véghezvivő politikai erők, csoportok, sőt egyes személyek valóságos vagy vélt érdekeinek egyeztetése egy-egy intézményi megoldásnál nagyobb szerepet játszhatott.

Mégis, a hivatkozott forráskiadványt olvasva nem csupán arról győződhettem meg, hogy a három oldalon csoportosuló, ám külön-külön belső vitákat is folytató erők és személyek tisztában voltak történelmi felelősségük súlyával. A történelemhez – benne az alkotmánytörténethez – nem csupán retorikából fordultak (ámbar az is előfordult), hanem keresték azokat az intézménytörténeti alapokat is, melyekre – megtisztítva a rájuk rakódott törmeléktől – a megújuló alkotmányos berendezkedés alapfalai is fölhúzhatóknak tunk.

Jelen közleményemben a kerekasztal-tárgyalások e historikus mozzanatait foglalom össze annak hangsúlyozásával, hogy mellettük természetesen más tényezők meghatározóbb jelleggel hatottak, ezek összetett kutatása viszont túlmenne előadásommal vállalt föladatomon.

Történeti helyzetmeghatározások

Az emelkedett retorika maga sem kongott üresen, hanem a helyzet komolyságát jelezte. Szűrös Mátyás 1989. június 13-án a Nemzeti Kerekasztal-tárgyalások nyitó plenáris ülésén Deák Ferencet idézte: „A hazáért mindent lehet kockáz-

⁴ Saját egykorú „időszerű(sített) alkotmánytörténeti” közleményeimből: *Választójog és hagyomány*. Hítel, 1989. márc. 15. (55–66.), utánközlésben RUSZOLY JÓZSEF: *Alkotmánytörténeti tanulmányok*. 1. k. *Rendiség és népképviselés*. JATE Kiadó, Szeged, 1991. 387–390.; *Az alkotmányozás történetisége*. Állam és Igazgatás, 1989. jún.; utánközlésben ugyanott: 391–400.; *Önkormányzat és hagyomány*. Hítel, 1990. jún. 13., utánközlésben: RUSZOLY JÓZSEF: *Alkotmánytörténeti tanulmányok*. 3. k. *Önkormányzat és hagyomány*. JATEPress, Szeged, 1993. 238–242.; *Alkotmány és hagyomány. Historikus észrevételek három alkotmányos előmunkálatra*. = *Alkotmány és jogtudomány. Tanulmányok*. Acta Jur. et Pol. Szeged. Tom. XLVII. Szeged, 1996. 111–130. (Kny.: Fasc. 8.); utánközlésben: RUSZOLY JÓZSEF: *Alkotmány és hagyomány. Újabb jog- és alkotmánytörténeti tanulmányok*. JATEPress, Szeged, 1997. 267–285. – Mindezek más munkáimmal együtt: RUSZOLY JÓZSEF: *Máig érő alkotmánytörténelem. Írások és interjúk*. Bába Kiadó, Szeged, 2002.

tatni, de a hazát kockára tenni soha nem szabad” (2:13.). Kónya Imre három be nem teljesült magyar forradalom feladatainak békés bevezetéséről szólt (2:19.). Hogy melyekre gondolhatott, arról Szabad György írt és szólt. „Magyarország népe – írta 1989. június 12-i előkészítő följegyzésében – nyerje el végre azt, ami egyedül őt illeti, azaz jogot és tényleges lehetőséget ön maga kormányzására a képviselői demokrácia 1848-ban, 1945-ban és 1956-ban megelőlegezett és most korszerűsítve meggyökerező feltételrendszerében” (2:28–29.). A Nemzeti Kerekasztal-tárgyalások 1989. június 24-i plénumán a Magyar Demokata Fórum nevében a jogállamisághoz vezető lépéseket tagláló Pozsgay Imrének ugyanezen történeti alapról válaszolt.

„Indítványozzuk, miszerint az elkészítendő törvényjavaslat egyfelől azt biztosítsa, hogy minden választó gondosan mérlegelhesse, majd szabadon és titkosan eldöntesse, ki, illetve milyen irányzat által kívánja képviseltetni érdekeit, politikai akaratát. Másfelől gondoskodjék a megegyezésen alapuló új választási rendszer arról, hogy minden, a képviselői demokrácia alapelveinek sérthetetlenségét vállaló, egyben a választások erőszakos vagy csalárd befolyásolását megtagadó politikai párt és szervezet azonos, demokratikus feltételekkel állíthasson jelöltek és törvényes eszközökkel, azonos feltételekkel küzdhessen megválasztásukért. Gondoskodjék a javaslat a választások lefolytatásának, a szavazatok összeszámlálásának, az eredmények közzétételének demokratikus rendjéről és tisztaságáról.”

A Nemzeti Kerekasztal-tárgyalások 1989. szeptember 18-i záró plenáris ülésén Nyers Rezső figyelemztetett Kossuth Lajos intelmére: „Ne civakodjunk a fölött, hogy mik voltunk, egyesüljünk arra, aminek lennünk kell!” (4:493.) Mire mindjárt kész volt Szabad György historikus replikája: „Nyers Rezső Kossuthot idézte. Hadd visszhangozzam az ő szavaival a választ [...] »Amit elértünk – Kossuth 1848 áprilisában fogalmazta így – *nem minden, de alapja* – hadd tegyem hozzá: *alapja lehet – jövő kifejlődésünknek*«.” (4:495. *Kiemelés – R. J.*)

Időközben eltelt három hónap. E plenáris ülések csupán a nyitányt és a zárást jelentették. A munka s a viták java nem ezeken, hanem számos más, alacsonyabb szintű fórumon folyt, melyek közül – e kötetekben – különösen az Ellenzéki Kerekasztal plenáris ülései tűntek ki. E fórumokont formálódtak ki az alkotmánymódosítás, valamint a hozzá kapcsolódó sarkalatos törvények előkészítő munkálatai, melyek a működő („rég”) országgyűlés (1985–1990) által fogadtattak el. A historikus fölvetések néhány főbb témakörben – így különösen a választási rendszert, a kormányformát és a címerváltoztatást illetően – hangzottak el.

Vegyes választási rendszer magyar előzmények nyomán és német példa alapján

Az anyagi választójogot nem érintették, hiszen az általános és egyenlő választójog elfogadása eleve természetes volt. Annál inkább vitatták a szervezeti és

eljárási kérdéseket; benne a választókerületi beosztást, valamint a mandátumok számát és megoszlását. E helyütt az alkotmánytörténész sem hiányolhatja igazán, hogy a vita történeti mélysége nemigen ment az 1945. és az 1947. évi választások előtti időkre. Ámbár Szabad György kiindulásként a képviseleti demokrácia 1848. évi kezdeteire is utalt, intézményesen az akkori – ideiglenesnek szánt – s a dualizmus korai időszakában valóban novellárisan módosított (1848:V. tc., 1848:II. erdélyi tc., 1874:XXXIII. tc.), illetve föl is váltott (1848:XVI. tc., XXIII. tc.) áprilisi törvényekre nem is lett volna értelme hivatkozni, miként a dualizmus kori, végeredményben sikertelen jogkiszélesítő törekvésekre sem.

Egyedül a kisgazda Boross Imre volt az, aki fölhívta a fiatalabbak figyelmét az 1938:XIX. tc.-re, amely – tegyem hozzá – először Európában kettős rendszert vezetett be. „Volt itt – mondta – részleges listás választás 1939-ben is. Kombinált rendszer, s volt olyan megye, ahol csak kettő volt a listán [...]. Vas megyében például csak kettő volt” (3:290.).

Megjegyzése az augusztus 23-i előkészítő vitában aligha kapott figyelmet, hiszen ott is az volt s mind a mai napig az a közvélekedés, hogy a viták során kialakult kettős választási rendszerünk nyugatnémet eredetű. Ha így gondolták akkor, utóbb kár volna tagadni, ám a magyar előzmény földézése alkotmánytörténetileg mondhatni kötelező. Mivel a vitázók „intézménytörténeti emlékezte” csak 1945–1947-ig terjedt, az az ellenzéki küzdelem, amely a Horthy-korszakban zajlott az arányos és lajstromos választási rendszer bevezetéséért, s melyre 1938-ban (az *Anschluß* napjaiban!) – kettős rendszerben – a kormány végül is ráállt, említés nélkül maradt. Egyébként az akkori rendszer annyiban különbözött az 1989-ben nyugatnémet példára alapítottaitól, hogy azon nagyvárosokban, ahol az 1925:XXVI. tc. szerint már eleve lajstromos volt a választás, ahhoz nem nyúltak; csupán az azokon kívüli „vidéki” kerületek mandátumszámait felezték meg úgy, hogy felüket megyei lajstorkon, felüket pedig egyéni választókerületekben lehetett elnyerni.⁵

Az 1945:VIII. tc. megalkotásakor az egyéni (többségi) választókerületi rendszer mellett alig voltak hangok, minek fő oka az volt, hogy a koalíciós viszonyok között minden párt szavazatai arányában akart részesülni a mandátumokból, amit az egyéni választás nem tett volna lehetővé. A lajstromos választás megoldási módzatai tekintetében különböző elképzelések alakultak ki. Hosszú viták nyomán az országot 16 lajstromos választókerületre osztották, ami azt jelentette, hogy a városokat Nagy-Budapest kivételével – miként a nem tisztán lajstromosan választók esetében 1938:XIX. tc.-ben is volt – a szomszédos me-

⁵ RUSZOLY JÓZSEF: *A törvényhozás intézményi alapjai a Horthy-korszakban.* = RUSZOLY JÓZSEF: *Újabb magyar alkotmánytörténet. 1848–1949. Válogatott tanulmányok.* Püski, Bp., 2002. 264–294.; előzménye: RUSZOLY JÓZSEF: *A törvényhozás intézményi alapjai az ellenforradalmi korszakban. 1919–1944/45.* = *A magyarországi polgári államrendszerek (Tanulmánykötet).* Szerk. Pölöskei Ferenc és Ránki György. Bp. 1981. 470–505.; utánkölésben: RUSZOLY JÓZSEF: *Alkotmánytörténeti tanulmányok* 1:305–340.

gyei törvényhatóságokkal vonták össze. Ami magukat az így megnövelt területű megyéket illeti, részben önállóan alkottak egy kerületet, részben viszont a kisebb megyéket összekapcsolták, Pest–Pilis–Solt–Kiskun vármegyét pedig épenséggel kettéosztották, s északi meg déli részét vonták össze más törvényhatóságokkal. Így tehát érvényesült bizonyos regionális szempont is. Ámbár ez inkább tekinthető az 1950. évi megyeegyesítések „főpróbájának”; miként Borsod–Abaúj–Zemplén esetében valóban az is lett. A majdani és mai Hajdú–Bihar megye, Pest megye, Bács–Kiskun megye területe is ekkor körvonalazódott, nemkülönben az 1949-ben megnagyobbított Budapesté is, ugyanakkor a közös választókerületet alkotó Tolna és Baranya máig őrzi különállását. – A töredékszavazatok pártok általi „mandátumra váltására” *országos listát* létesítettek.⁶

A választási rendszer megalkotása mindenkor és mindenhol első rendű politikai kérdés. A 19. és 20. század első évtizedeiben – ha szabad ennyire általánosítani – Európa-szerte a hagyományos konzervatív és liberális (polgári) pártok többnyire a *többségi (egyéni) választás* fönntartása mellett törtek lándzsát, míg a polgári demokrata és a szociáldemokrata (munkás) pártok, valamint a jobboldali tömegpártok az *arányos (lajstromos) választás* kiharcolására s fönntartására törekedtek. Az első világháborút követő alkotmányozási hullámban – szoros kapcsolatban az anyagi választójog kiterjesztésével – ez utóbbiak kerekedtek felül. Mondhatni mintamegoldása volt ennek Németország weimari alkotmányos berendezkedése, melyben – a választópolgárok választotta birodalmi elnökkel s a népszavazási intézményekkel együtt – a tisztán lajstromos választási rendszer nyert intézményesítést. Amikor viszont a Harmadik Birodalom bukása után politikusok és szakemberek a weimari rendszer csődjének okait kutatták, legalább részben – tagadhatatlanul okkal és joggal – éppen e tömegdemokrácia intézményeiben fedezték föl. Ez vezetett a bonni alaptörvény és az azt végrehajtó szövetségi törvények számos új intézményéhez, többek között az egyéni és lajstromos választási rendszerek kombinációjához.

Az 1989. nyári hazai vitákban ismételten fölmerültek e kérdések, ám vélt vagy valós pártérdekek szerint mondhatni megfordult a helyzet. A lajstromos és arányos rendszer mellett két egykori polgári párt – a Független Kisgazdapárt és a Kereszténydemokrata Néppárt – képviselői álltak ki, míg az addig hatalmon lévő Magyar Szocialista Munkáspárt (MSZMP) az 1966 óta ismét alkalmazott egyéni és többségi rendszer hívének mutatkozott. A Fialat Demokraták Szövetsége (Fidesz) is inkább ezt vallhatta magáénak. A IV. Francia Köztársaság (1945/46–1958) intő példája nyomán az Ellenzéki Kerekasztal (EKA) 1989. július 10-i vitájában Tölgyesy Péter (Szabad Demokraták Szövetsége, SZDSZ) is az egyéni és többségi rendszert vallotta magáénak, noha pártjának tradicionális kapcsolódásai folytán inkább a lajstromos és arányos rendszer

⁶ RUSZOLY JÓZSEF: *Első népi demokratikus választási törvényünk (1945:VIII. tc.) létrejötte.* = Jogtörténeti tanulmányok 3:105–120. (Bp., 1974); utánközlésben: RUSZOLY JÓZSEF: *Alkotmánytörténeti tanulmányok* 1:341–356.; RUSZOLY JÓZSEF: *Újabb magyar alkotmánytörténet*, 346–360.

lehetett volna megfelelőbb (2:358–359.). A Magyar Demokrata Fórum (MDF) a vegyes rendszert eredményesen vetette föl, s vita tulajdonképpen csak a két rendszerben elosztható mandátumok számában és arányában volt. Végül ugyan-ezen szervezet 50–50 %-os megosztási javaslatánál jobb megoldást nem találtak. A „szélsőséget” egyik oldalon a kiszáradt jelentették, akiknek képviseletében Torgyán József az egyéni kerületeknek lehető legkisebb arányáért (20 %) szállt síkra, míg az MSZMP eredetileg éppen a lajstromos rendszer szerint megszerezhető mandátumoknak tartotta fenn e 20 %-ot.

A kimondott és elhallgatott indokok nem történetiek, hanem időszerű politikai jellegűek voltak. Leginkább az, hogy az új vagy régi-új ellenzéki pártok, csoportok kevés olyan, vidéken is ismert személyt tudhattak magukénak, akiktől egyéni kerületekben sikert remélhettek. (E megállapítás nem fedi viszont a Fidesz eredeti álláspontját.) Ezzel szemben joggal gondolhatták, hogy az MSZMP addigi egyéni kerületi képviselőinek nem csupán neve van, de a maguk módján a helyi érdekek megjelenítésében elért eredményeik könnyebben segítheti őket mandátumhoz.

„Kérném szépen – érvelt Torgyán József –, nem tudok egyetérteni Tölgyessy Péternek azzal az okfejtésével, hogy a listás választás Franciaországot katasztrófába döntötte, kérem, Franciaországnak egy speciális helyzete van. Amennyire én ismerem. 1944–45-öt követően Franciaország a világ legdemokratikusabb jogszabály-alkotási rendszerét állította fel elméletben, amivel a fasiszta diktatúrából egy demokratikus államba való átmenetnek az alkotmányozási folyamattal kapcsolatos jogszabályait megalkotta. Kérném szépen, ezt a megoldási módot a francia nép, vagy a francia Nemzetgyűlés, vagy nem tudom, kin múlt ez, egész egyszerűen elvetette. Ennek következtében a francia példára való hivatkozás a mi esetünkben teljesen téves, teljesen rossz. Miről van szó? Kérném, egész egyszerűen arról van szó, hogy a különböző, a tevékenységüket újra formálódó [sic!] pártoknak az infrastruktúra hiánya miatt nincsen meg a lehetősége arra, hogy különböző egyéni listákon [sic!] induló személyeket megfelelően propagálja, vagy hogy egyáltalán legyenek olyan népszerű személyei, akiket egyénileg szembe tud állítani az MSZMP által évtizedeken keresztül favorizált személyekkel (2:362.).

Antall József (MDF) 1989. július 25-i felszólalásában az Ellenzéki Kerekasztal tárgyalásán – érdekes módon – maga is inkább a lajstromos választás hívének mutatkozott; mint mondta: „a lajstromos választás teoretikusan is legtisztább, mert nincsenek elveszett választók, megyei rendszerben listán megválasztják a képviselők egy részét, a maradék megye az országosra”. Ami viszont ennek igazi árnyoldala: „az egyéni kerületi [helyesebben: lokális] kapcsolódása kisebb a képviselőknek”, ámbár a párt maga beoszthatja őket megyén belül is. „Az egyéni választójogi rendszert – folytatta – egyáltalán nem tartom jónak [...], mert kizárólag egyéni kerületeken alapuló választási rendszer egy Budapest-ellenes országban [...] végtelenül provinciális parlamentet fog összehozni.” Ennél „hatásosabban” bizony Eötvös József és társai: a 19. századi *doktriner*-

ek sem érvelhettek volna! Akkor viszont valóban igaza lehetett a majdani miniszterelnöknek, mikor hangsúlyozta: mivel „[n]incsen professzionista politikusréteg”, az egyéni kerületekből “kizárólag helyi politikusok fognak bejönni”. Azért is tört lándzsát a demokratikus politikai kultúra kifejlesztése mellett, hogy „szülessen meg Magyarországon egy politikai vezetés” (2:514–515.). Szabad György professzor (MDF) is erősítette: „ha ennek az országnak valamire szüksége van, az az emberi minőség”; ugyanakkor – az előzőleg lezajlott időközi választásokból – Antall Józseffel szemben arra jutott, hogy „az ellenzék manőverezni [...] az egyéni választókerületekben tud” (2:521–522.). A heves vitában, melyet Tölgyessy lóvásárnak minősített (a németek inkább *Kuhhandel*nek mondják!), Orbán Viktor (Fidesz) a *lokalitás* megjelentésére helyezte a hangsúlyt (2:520.), Mécs Imre (SZDSZ) pedig az 1985. évi választási tapasztalatok alapján vallotta: „a nemzetnek a politikai nevelése szempontjából” elengedhetetlen az egyéni választókerületek alkalmazása” (2:523.).

E vitában, melynek további részleteit e helyütt szükségtelen föl idézni, az 50–50 %-os megosztottságú *vegyes választási rendszer* mellett foglalt állást az Ellenzéki Kerekasztal, anélkül, hogy a lajstromos szavazás szervezeti megoldásaiban véglegesen megállapodott volna. Átmenetinek bizonyult ugyanis az a megegyezés, amely az *országos listás* rendszert kívánta bevezetni.

Antall József a Nemzeti Kerekasztal középszintű politikai egyeztető testületében 1989. július 27-én jelentette be a két nappal korábbi EKA-vita eredményeit. Ebben – a lajstromos választás mikéntjében létrejött s utóbb revideált állásponttól eltekintve – nem csupán a későbbi egyeztetések kiinduló pontjává vált, de választási rendszerünk máig meglévő alapjait körvonalazta. Ezért érdemes – ismétléseivel együtt is – e helyütt idéznem.

Antall József: Az Ellenzéki Kerekasztal képviseletében a választójogi törvényre összegeznem a koncepciókat. A jelölés kérdésével kapcsolatban: ha a munkabizottság még nem tárgyalta, akkor elvi kérdés, hogy ne tárgyaljuk ezen a szinten, abban az esetben nincs koordinációs lehetőség, ha a felek egyetértenek abban, hogy amit még nem vitattak meg, azt ejtsük el, és közösen módosítsunk ezen a választási koncepción.

Hangsúlyozni szeretném, hogy az Ellenzéki Kerekasztalon belül ebben a legnagyobb nézetkülönbségek voltak, ezzel nagyon-nagyon sokat kellett foglalkozni, ami abból következett, hogy az MSZMP egy párt – ha vannak is irányzatok, frakciók vagy platformok csírái –, és a tapasztalatok alapján saját politikai felfogását ebben a kérdésben nyilván könnyebben tudja kialakítani.

A Harmadik Oldal nem pártokból, nem pártként működő szervezetekből áll, ebből a szempontból kvázi nem pártként, hanem a magyar állampolgárok szemszögéből nézi elsősorban a választójogi kérdést.

A mi oldalunkon kilenc szervezetből több történelmi párt van jelen. Ezek a történelmi pártok eltérő felfogással rendelkeznek azoktól a szervezetektől, amelyek az elmúlt két éven belül jöttek létre. Nyíltan beszélek: a Szabad Demokrata Szövetség [sic!] vagy a Magyar Demokrata Fórum másként ítéli meg ezeket a kérdéseket sok

vonatkozásban, mint pl. a Független Kisgazdapárt vagy a Nemzeti Parasztpárt örökébe lépett Néppárt vagy a Kereszténydemokrata Néppárt stb. Ez olyan koncepcionális különbséget okoz, hogy nekünk a legnagyobb nehézséget okozta ennek a közelítése nyílt beszéd keretében. Problémánk volt (és talán jobban megvilágítja, bizonyos háttéranyagot szolgáltat az álláspontunkhoz), hogy nálunk is voltak az egyéni választókerület rendszerének majdnem a vegyes rendszert kizáró álláspontja[i]. Nem kívánjuk sem az MSZMP-t, sem az SZDSZ-t sérteni, de az az eset állt elő, hogy legközelebb a Magyar Szocialista Munkáspárt és a Szabad Demokraták Szövetsége állt egymáshoz ebben a kérdésben. Még más felfogások is felmerültek.

A történelmi pártok rendkívül mereven ragaszkodtak ahhoz az álláspontjukhoz, hogy tiszta lajstromos választás legyen. Erre természetesen az 1945–47-es választás, annak öröksége, tapasztalata készítette ezeket a pártokat, továbbá az a gondolat, hogy a lajstromos választás esetén ezeknek a pártoknak történelmi nevük van.

Hosszú kompromisszum keresésben jutottunk arra az álláspontra, hogy a történelmi pártok ez irányú igényét maximálisan figyelembe véve igyekeztünk kompromisszumot találni: a tiszta lajstromos választást és a vegyes választási rendszerhez közelítettünk. Így alakult ki az az álláspont, hogy a Harmadik Oldal által is említett két szavazócédulából egyet az egyéni jelöltre adnak, a másikat a pártokat is tartalmazó listára.

Végeztünk számításokat mind a megyei, mind az országos választásra. Egyetértünk azzal, hogy nem könnyű az országos listán egy ilyen hosszú jegyzék összeállítása, s felmerült az is, hogy területek között bizonyos viták vannak. A megyei helyett azért helyezkedtünk, illetve döntöttünk az országos mellett, mert gyakorlatilag ez kevésbé tűnik olyannak, ami nehézséget okozna.

Kiegészítésként megemlíteném, hogy további kompromisszumként felmerült egy regionális megoldás gondolata az országos lista mellett. Például, hogy három megyét, amelyik egy tájegység vagy egy-egy olyan város, mint Pécs, Szeged, Debrecen az ehhez kapcsolódó vonzáskörzetet is figyelembe véve az országos helyett egy regionális megoldást elképzelhetőnek tartottunk volna erre a listás megoldásra. Előterjesztésünkben azért maradtunk az országosnál, mert ezzel a megoldással szemben is felhozhatók érvek: helyismeret, rivalizálás, stb.

Így alakult ki az az álláspont, ami a választópolgár szempontjából rendkívül egyszerű: két papírt lát maga előtt, egyet az egyéni jelöltre (ebben a körben nem kell megismételni, hogy ennek mennyi előnye van), egy másikat a lajstromosra ad le, ahol pártokra szavaz. Úgy gondoljuk, hogy a lajstromos választás rendkívül igazságos tud lenni adott esetben a választók egészének a képvisellete szempontjából, ugyanakkor egy demokratikus folyamat kialakulatlan szakaszában a kizárólagos lajstromos választás túl nagy lehetőséget adna pártszervezeteknek és pártközpontoknak a sorrendiség megállapítására egy listára való felvételnél, és kevesebb lehetőséget adna a lakosság közvetlen döntésére. Ezért találjuk fontosnak (és így fogadja el a Kerekasztal), hogy a tisztán lajstromos választás helyett az egyéni választókerületi rendszer is legyen.

Kompromisszum alapján azt javasoljuk, hogy az egyéni választókerületekbe két fordulóval legyen a választás, a második fordulóban az első két legtöbb szavazatot kapott jelölt között legyen a választás két héten belül. A választópolgár a másik szavazólappal pártokra szavaz a lajstromos szerint (lásd 1945-ös választási szisztém[át]). Ugyanakkor célszerűnek tartja az egészen kis pártok vagy a nem reális

okokkal vagy egyáltalán a kormányozhatóság és a működőképes parlament biztosítása érdekében egy svéd mintára annak az elfogadását, hogy a három százalékot el nem ért listán szereplők kimaradjanak. Itt is voltak ellentétek, az egy százalék is szóba került, kompromisszumként a három százalék került elfogadásra.

Javaslatunkat azért mondtam el részletesen, mert rendkívül kemény kompromisszum árán jött létre, és mind a három tárgyalófél figyelmébe ajánljuk, hogy az Ellenzéki Kerekasztal oldalán kilenc olyan szervezet van, amiből legalább hét közvetlenül egyértelműen pártszerű működésre számít. Ezen belül történelmi pártokról van szó, amelyeknek kötődésük a lajstromos választási rendszerhez van, mind hagyományaikban, mint vélt és valósnak tekinthető érdekrendszerünkben is. Ezért javasoltuk ezt a megoldást. Köszönöm szépen” (2:643–645.).

Az Ellenzéki Kerekasztal 1989. augusztus 10-i ülésén – Torgyán Józsefnek az I/3. albizottság munkájáról történt jelentése után – még egyszer nagy vita bontakozott ki a választási rendszerről, különösen pedig a lajstromos választás mi-kéntjéről. Boross Imre váltig állította, hogy az 1945–1947. évi rendszer az igazi: „a Független Kisgazdapártnak az a véleménye, hogy a tiszta arányos rendszer felel meg a demokratizmusnak”, az 50–50 %-os megosztás maradt. A 160 nevet tartalmazó országos listával szemben viszont eredményesen lépett föl (3:110.). Antall József kifejtette: „ha a Kerekasztal abban egységes, hogy az 50–50 százalékot veszi továbbra is a tárgyalások alapjául, [akkor] ezen belül a lajstromos résznek ez a három lehetősége [...]: országos, regionális vagy megyei [...], bízzuk a szakemberekre” (3:116–116.).

A regionális listák, melyekre két-három választókerületbe való összevonással lett volna lehetőség – pl. Debrecen, Miskolc központtal – az ellenfél MSZMP számára is elfogadhatónak tűnt. Tegyem hozzá: az 1945:VIII. tc. – ha kisebb területeken is – adott már példát ilyen megoldásra. Mégsem erről, hanem inkább az országos vagy megyei listák kérdésében alakult ki vita. Az országos listához egyedül Orbán Viktor ragaszkodott (3:124.). Kövér László az EKA ülésén 1989. augusztus 23-án meg is mondta miért: a kisgazda Boross Imre által pártolt megyei lista a kis létszámú, Budapest-centrikus szervezeteket sújtaná (3:289.). „Ahogy én tárgyaltam a felekkel – jelentette ki Torgyán József az EKA-t az I/3. sz. munkabizottságban képviselő tag saját 1989. augusztus 24-i ülésükön –, úgy látom, hogy egyértelmű álláspontunk, hogy megyei lista 50 százaléokban, 50 százaléokban egyéni lista.” A jegyzőkönyv szerint ez az ülésen *hallgatólagosan* el is fogadtatott (3:344.).

A Nemzeti Kerekasztal-tárgyalások középszintű egyeztető bizottsága Tóth András (MSZMP) előadásában 1989. augusztus 24-én és 25-én foglalkozott a választási reformot előkészítő I/3. sz. munkabizottságnak *tíz vitás pontot* tartalmazó, az első napon kelt, ám már augusztus 22-én megfogalmazott előadmányával (3:412–413.). Az első napon csupán az előterjesztés történt meg, néhány hozzászólás kíséretében (3:373–375.), a második napon viszont részletesen megvitatták ezt, s legtöbb kérdésben egyetértésre is jutottak (3:424–468.). E kemény vita az intézményi követelmények és a politikai föltételek ke-

mény ütköztetése volt; az 1939., de különösen az 1945. és 1947. évi választásokra való visszautalgatás Boross Imrétől (Független Kisgazdapárt) is inkább az intézményi példálódás szintjén mozgott.

Döntő kérdés volt az egyéni (többségi) és lajstromos (arányos) választási rendszer együttes alkalmazása. Itt az MSZMP – az egyéni (többségi) rendszer javára a 80%–20%, a Harmadik Oldal a 2:1 arányú tagolás mellett volt, míg az Ellenzéki Kerekasztal az 1:1 (50 %-50 %) arányt vallhatta magáénak. Tóth András helyesen mondta: „ez nem elméleti kérdés”; az álláspontok közelíthetők, az ellentmondások politikailag föloldhatók. Mivel ez volt a légsúlyosabb kérdés: a politikailag s intézményesen egyaránt kisebb jelentőségű, bár korántsem jelentéktelen többi kérdés után, 25-én vitatták meg, időt hagyva a három félnek a belső egyeztetésre is.

„Az Ellenzéki Kerekasztal – adta elő álláspontjukat Boross Imre (Független Kisgazdapárt) – a 150–150-es megoldást, plussz 50 képviselői hely az országos listára, ezt elfogadja, azzal azonban, hogy kérjük, [...] megyei listák legyenek.” Abban benne lettek volna, hogy – miként az 1945:VIII. tc.-ben történt – a kis megyéket, pl. Heves és Nógrád esetében, összevonjanak. Az országos lista gyűjtené össze a megyei listákon képviselő nélkül marad töredékszavazatokat. Hosszabb vita után ebben maradtak; csupán a megyék lajstromos választókerületekben történő összevonását mellőzték. „Ebben a megyék – hangsúlyozta Fejti György (MSZMP) – nincsenek benne; ebben csak ez az apró probléma [...] nehezen egyeznének bele. (*Közbeszólás: Meg kellene kérdezni őket...*)” (3:460.).

Fejti György azokra a megyei párt- és tanácsi vezetőkre utalt, akik – megyei érdekekre hivatkozva – saját előnyös indulási helyzetüket védték. Velük szemben itt még meghajolt az ellenzék is, ám nekik is tudható be, hogy egy év múlva az önkormányzati törvényben a megyéket – mint ezerestendős s történetük során mindig kiemelt municípiumokat: törvényhatóságokat – az „egységes önkormányzati rendszer” jegyében hagyományos szerepeiktől javarészt megfosztották. E máig tartó – a megyék változó történeti jellegével ellentmondásban lévő helyzet – a Kádár-kor megyei apparátusaival történő leszámolás jegyében fogant. Ám lajstromos választókerületi elkülönésük máig megvan.

Mint ahogyan hatályos az a kombinált, javarészt magyar előzményekből is levezethető választási rendszer, melynek megformálói mégis a nyugatnémet (német) mintára hivatkoztak, hivatkoznak. Alighanem igaza lesz Tölgyessy Péternek, aki mindjárt az 1989. június 25-i ülésén figyelmeztetett: emelkedjenek fölül a pártérdekeken, mivel negyven-ötven esztendőre is meghatározhatják az ország választási rendszerét (2:528.).

Maradtak ugyan még vitatott kérdések, melyek az 1989. augusztus 28-i előkészületi ülés, onnan pedig a „kontrollszámításokat” végző szakértők elé kerültek az I/3. sz. munkabizottságban. Végül a szeptember 6-án az NKA-tárgyalások középszintű egyeztető bizottsága fogadta el a választási új rendszerünk alapját, mely szerint „az új [...] Országgyűlés 374 képviselőből áll[na],

amely képviselői helyek közül 152 egyéni választókerületben, 152 megyei, fővárosi választási listákon, 70 képviselői hely pedig a töredékszavazatok összeszámolásával és arányos szétosztásával döl[ne] el” (4:177.). Ha kisebb kérdések még mindig vitatottak maradtak is, a többi már a törvénytervezetet addig is fogalmazó Belügyminisztérium törvényelőkészítőire maradt.

Ámbár a viták történeti elemeinek kimunkálására vállalkoztam, a viták legfontosabb akkor időszerű politikai és államjogi vetületeit is érintenem kellett, hiszen a történetiségnek (amely – valljuk be – másodlagos szerepet töltött be az egyezkedésekben) csakis az egykorú – már-már jelenkortörténetivé nemesült – viszonyokba ágyazva van értelme. Erre a történetiségre az egykori, 1945 utáni koalíciós pártok, leginkább a Független Kisgazdapárt reprezentánsai hivatkoztak, olykor hagyatkoztak. E tekintetben Boross Imre megszólalásai találók voltak. A 20. századi politika- és alkotmánytörténet intő példáival – a weimari rendszer (1932) és a IV. Francia Köztársaság (1958) bukásával – Tölgyessy Péter (SZDSZ), az MTA Állam- és Jogtudományi Intézetének munkatársa is jól operált.

Számos részletkérdéshez volna még megjegyzésem, ám ezeket a mindhárom oldal, nemkülönben a minisztériumi törvényelőkészítés teljes iratanyagának ismeretében valamikor talán megírható teljesebb választástörténeti munkára hagyom.⁷ A választási rendszerbe ékelt intézménynek: a választási bírászkodásnak a tárgyaló asztal alá kerülésével pedig külön foglalkozom. Azzal az intézménnyel, mely intézmény kutatásának életemből évtizedeket szenteltem.⁸

Megegyezés az alkotmánymódosításban – az 1946:I. tc. alapján, az 1848:III. tc.-re is figyelemmel

Az 1946: I. tc. koalíciós kompromisszum alapján, szakítva az évezredes királysággal, köztársasági államformáját vezette be úgy, hogy – bizonyos új, népi demokratikus elemek beiktatásával megőrizte az 1848: III. tc. szerinti parlamen-

⁷ Az országgyűlési választásokkal és a választójogi törvénnyel foglalkozó I/3. sz. NKA-munkabizottság jegyzőkönyveit (1989. július 3 – 1989. november 7. ; 6:257–427.) csupán a parlamentáris választási bírászkodást illetően aknáztam ki a következő jegyzetben említett munkáimban. Sommás áttekintésüket a szerkesztők Bevezetője adja (6:251–256.).

⁸ RUSZOLY JÓZSEF: *Százados intézmény a kerekasztal alatt* (1989). *Az alkotmánytörténet időszerűsége – az el(fel)ejtett választási bírászkodás példáján.* = RUSZOLY JÓZSEF: *Máig élő alkotmánytörténelem. Írások és interjúk.* Bába Kiadó, Szeged, 2002. 145–154.; JÓZSEF RUSZOLY: *Die verlorengegangene Institution. Die Frage der parlamentarischen Wahlprüfung vor dem Nationalen Runden Tisch 1989 in Budapest.* *Parlaments, Estates and Representation* Vol. 23., November 2003. 215–231. p.; RUSZOLY JÓZSEF: *Az elveszett intézmény. A parlamentáris választási bírászkodás a Nemzeti Kerekasztal 1989. évi tárgyalásain.* Hítel, 2003. szeptember; 80–94. p.; JÓZSEF RUSZOLY: *Beiträge zur Geschichte der parlamentarischen Wahlprüfung.* = *Tanulmányok dr. Nagy László egyetemi tanár születésének 90. évfordulójára.* *Acta Jur. et Pol.* Szeged, Tom. LXIV. Szeged, 2004. 402–424.; e téma: 407–413.

táris kormányformát.⁹ Amikor az 1949:XX. tv. alapján bevezetett, szocialista mintát követő népköztársaság megváltoztatásáról esett szó, kimondva-kimondatlanul az 1946: I. tc. megalapozta Magyar Köztársaság intézményeihez való visszatérés is fölmerült. Az ehhez való visszatérés lehetősége az 1956. októberi-novemberi forradalom idején még valóságosan is fönnállt, hiszen – bár talán a kortársak történeti időérzékelése szerint hosszabbnak tűnik a Rákosi-kor –, valójában csupán hét esztendő telt el ezen, alig több mint tíz esztendővel azelőtt elfogadott alaptörvény hatályon kívül helyezése óta.

Az 1946: I. tc. alapjára való visszatérés lehetősége Bibó István 1956. október 30–31-i följegyzéseiben merült föl. Eszerint: „létezik az utolsó szabad választás alapján, Tildy Zoltán köztársasági elnöksége idején összeült 1947. évi parlament [...]. A magyar köztársasági jogfolytonosságot tehát az 1947. szeptemberi állapothoz visszatérve lehetne helyreállítani [...]”. A „közös alapelvek” – az új „tizenkét pont” – elején pedig ez áll:

- „1. A köztársasági államforma sértetlenül fennmarad.
2. Nem problematikus követelések: szabad választások, miniszteri felelősség, bírói függetlenség, közigazgatás bírói ellenőrzése, hatalmak elválasztása, sajtó- és szólásszabadság stb.”¹⁰

Bibó Istvánnak 1956. november 6-án, még államminiszteri minőségben fogalmazott tervezetében a forradalmi bizottságokból és tanácsokból összeülő *forradalmi alkotmányozó gyűlés* által elfogadandó alkotmánytörvény pontjai pedig ezekkel kezdődnek:

5. *Alkotmányjogi megoldás.* Az általános választások megtörténte előtt a forradalmi bizottságokból és tanácsokból forradalmi alkotmányozó gyűlés ül össze, mely az új magyar demokrácia alkotmányjogi és társadalmi alapelveit alkotmánytörvény hatályával megszabja, majd esetleg államfőt választ és választójogi törvényt alkot. Az alkotmánytörvény a következő pontokat tartalmazná:

- a) Magyarország államformája az 1946: I. tc. szerint köztársaság.
- b) Magyarország kormányformája az 1848: III. tc. szerinti független felelős kormányon, népképviselőten és a szabadságjogok teljességén alapuló parlamentális demokrácia.
- c) Magyarország társadalmi formája a kizsákmányolás tilalmán alapuló társadalmi rend (szocializmus) [...].”

⁹ RUSZOLY JÓZSEF: „Magyarország köztársaság”. Az államfői jogok 1944–45-ben és az 1946: I. tc. létrejötte. Állam és Igazgatás, 1986. febr. és márc.; 119–134., 217–229.; utánközlésben: RUSZOLY JÓZSEF: *Alkotmánytörténeti tanulmányok* 1:357–385.; RUSZOLY JÓZSEF: *Újabb magyar alkotmánytörténet*, 361–393.

¹⁰ BIBÓ ISTVÁN: *A politikai és alkotmányjogi kibontakozás útja* [Fogalmazvány, 1956. október 30–31.] = BIBÓ ISTVÁN: *Válogatott tanulmányok* 4: 157–164.; különösen az idézet: 161–162. (Bp., [1990])

Figyelemre méltó, hogy az utolsó [3. g.] pont az *alkotmánybíróság* intézményét is fölveti, amely afölött (is) örködik, hogy „ne működhessék párt, mely ezeket [az alkotmányi alapelveket] el nem ismeri”.¹¹ Mindezt az 1956. december 8-i s 1957 eleji fogalmazványában bővebben kifejtette, anélkül azonban, hogy az 1946: I. tc.-re továbbra is hivatkozott volna.¹²

Noha a köztársasági elnök intézményéről: megválasztásáról és hatásköréről az EKA szervezeti egységeiben 1989. június 28-tól kezdve többször szó esett (2:242–243.),¹³ átfogó vitája az Ellenzéki Kerekasztal 1989. augusztus 29-i ülésén történt meg. Antall József hangsúlyozta: „a köztársasági elnöki intézménynek az alkotmánymódosításban benne kell lenni”. Mint mondotta, az MSZMP s az Igazságügyi Minisztérium olyan köztársasági elnöki intézményt javasol, amely Magyarországon soha nem volt, s amely „a magyar közjogi folytonossággal – és a magyar kontinuitás szellemével” ellentézik; az az [V.] Francia Köztársaság elnökére emlékeztető prezidenciális jegyeket visel; „egyáltalán nem passzol bele a magyar alkotmányosságba”. Ezt „számunkra” teljesen elfogadhatatlannak nyilatkozta.

„Abból kell kiindulni – folytatta –, amit az 1848. [évi] III. törvénycikk Magyarországon miniszteriális kormányzás alapelvevel, törvényével bevezet, és ami a magyar történelem fordulópontját jelenti. Ha egy nemzet Európa közepén 1848-ban bevezet egy máig más országokban is kialakított és hasznosítható kormányzási formát, azt egyszerűen csak elvetni, és az ahhoz kapcsolódó későbbi eredményeket – ez egyszerűen egy nemzet számára egyenesen ostobaság. Valamiről lemondani, amiben mi nagyon is elől jártunk, mégpedig a magyar progressziónak tényleg a legnagyobb ... [vívmányairól – R.J.] ez tényleg a Széchenyi, Kossuth és Eötvös, ez volt az, amiben minden árnyalata a magyar liberalizmusnak egyetértett. Ezért, ebből kiindulva – nem folytatom az alkotmányos monarchia sajátosságait –, ennek deformálásával és egyebekkel a kormányzói jogkört, de ennek egy kiváló törvénye volt a maga idejében az 1946. évi I. törvénycikk a köztársasági intézményről, amelyik az alkotmányos monarchia folytonosságában kezelte, az európai köztársaságoknak a legjobb hagyományait is átvéve. Nem kell felsorolni, hogy kik vettek ebben részt, ennek megalkotásában, de nem Révai József – és sokakat másokat nem sorolok –, hanem Moór Gyulától Balla Antalón keresztül lehet, tehát a klasszikus magyar jogászok, történészek vettek akkor részt ennek megalkotásában. Ez teljesen ellentétes – az Igazságügyi Minisztérium jelen koncepciója – az 1946. évi, a 48.III-ra támaszkodó köztársasági tör-

¹¹ BIBÓ ISTVÁN: [*Levél, expozé és tervezet*] = Uo. 169–177.; az idézet: 175; az alkotmánybíró-ságról: 177.

¹² BIBÓ ISTVÁN: *Nyilatkozat Magyarország állami, társadalmi és gazdasági rendjének alapelveiről és a politikai kibontakozás útjáról. + [A pártok és a forradalmi szervezetek viszonyáról]*. = Uo. 189–212. – a b) pontban elvétésből 1948:III. tc. olvasható. Helyesbítettem.

¹³ Az alkotmánymódosítással, a köztársasági elnök intézményével és az Alkotmánybírósággal az I/1. sz. NKA-munkabizottság foglalkozott; jegyzőkönyveinek (1989. június 30. – 1989. szeptember 13; 6:26–170.) a történetiség szempontjából való elemzését terjedelmi okokból is – e helyütt mellőzhetőnek tartottam. Sommás áttekintésük a szerkesztők *Bevezetője* nyújtja (6:19–25.).

vény[nyel]. Ugyanis az Igazságügyi Minisztérium mai koncepciója szerint a törvényhozó, a végrehajtó és a bírói hatalom fölött álló, önálló jogosítványú, mintegy mindezeket kiegyenlítő, ezek fölött álló köztársasági elnöki intézményt kíván megalkotni. A megalkotók szerint is olyat kívántak, amilyen nem volt még a világon, de amiben ők úttörők akarnak lenni. Én úgy gondolom, hogy az alkotmány ideiglenes módosítása nem az az időszak, amikor itt a legnagyobb újdonságokat kell bevezetni egy nemzet életében. Olyat kell bevezetni, ami megfelel az európai hagyományoknak, és amely kapcsolódik a magyar közjogi fejlődéshez – és még valami. Az átmeneti időszakban minden legitimitásnak jelentősége van. Éppen ezért egy olyan legitimitási forrásnak, mint amit az 1945-ös, mindenki által szabadnak elismert parlamenti választás, és amit az 1947-es országgyűlés sem kérdőjelezett meg, a '46. évi I. köztársasági törvényt, hanem mindenki akceptált... Önmagában az, hogy a két teljesen parlamentáris, szabadon megválasztott, összes csalásokkal, mindennel együtt persze – nem kékcéduláról beszélek –, de meg nem kérdőjelezett, demokratikus magyar alkotmánynak az átmentésére van lehetőség – ezt a lehetőséget nem szabad kihagyni.

Ezért azt javaslom – és ezt tartalmazza az eredeti –, hogy az egész alkotmánymódosításnak azon kell alapulni, hogy az általuk már elfogadott Magyar Köztársaságnak megfelelően, olyan köztársasági elnöki intézmény legyen, amelyik a magyar, a 46:I.-en alapszik. Ennek megfelelően a köztársasági elnök nem mind a három hatalmi ágazat feletti önálló jogosítványú különleges intézmény; a köztársasági elnök a végrehajtó hatalom feje, aki a kormányon keresztül kormányoz, és miniszteri ellenjegyzéssel érvényes [...] minden ... [elhatárolása,] tehát egyrészt a kormányon keresztül, másrészt a kiadott rendeletek, satöbbi, miniszteri ellenjegyzéssel érvényesek, úgy ahogy az előttem írtam. Tehát én ezt az alapelvet, ezt a felfogást, ezt az alapelvet képviselném, és ezt kellene nekünk kifejeznie. Hogy mi ezt a köztársasági formát tudjuk elfogadni, ezt a köztársasági elnöki intézményt, amelyet az 1946: I. [tc.] megfogalmazott, amely nem azonos a prezidenciális köztársasággal, nem azonos a gaulle-istával, hanem egyensúlyban van a köztársasági elnök és a miniszterelnök és a kormány, s ténylegesen a felelős kormány kormányoz" (3:566–567.).

Az 1946:I. tc.-re – annak kapcsán, hogy a köztársasági elnököt az országgyűlés elnöke helyettesítheti – Antall József az EKA 1989. július 6-i ülésén is hivatkozott (2:295.).

Tölgyessy Péter egyetértett ugyan Antall Józseffal, ám csak azzal az egyébként magától érthetődő megszorítással, hogy „1848-ban, illetve 1946-ban nem állt meg a történelem”; „olyan megoldást kéne találni, amely tényleg a '46. évi I-es [1946:I. tc.] továbbfejlesztésével egy parlament által választott államfőt jelenthet”. (Itt jegyzem meg, hogy az 1946: I. tc.-ben a nemzetgyűlés általi választás foglaltatik; a választás mikéntjével – így a választópolgárok általi választással –, a választás időpontjával, valamint az országgyűlés elnökének ideiglenes köztársasági elnöki megbízatásával kapcsolatos súlyos politikai vitákra, melyek e kérdéskomplexumot mondhatni uralták, e helyütt nem térhetek ki.) Tölgyessy e továbbfejlesztést az egyetemes közjogi fejlődéshez kívánta kapcsolni („ahogy a világ közjoga fejlődött”); megállapítása szerint az 1946: I. tc. „egy alkotmányos monarchiából indult ki”(!); márpedig most „abból nem lehet

kiindulni, hogy milyen széles jogokat kapott a király”. Inkább „tudomásul kell venni, hogy a modern alkotmányok, amelyek nem ilyen évszázados fejlődés alapján [állnak], ahol a szokásjognak is óriási a szerepe”, mit tartalmaznak. Példamutatónak tekintette a német alkotmányt (az 1949. évi *Grundgesetz*-et), amely „eltér az alkotmányos monarchiából kiindult állami rendszerektől, és az államfőt [*Bundespräsident* = szövetségi elnök] nem állítja ilyen értelemben a középpontba, bizonyos mértékben szűkebb jogokat ad [neki], mint a ’46. évi I-es [I. tc.]”. Szerinte az 1946: I. tc.-hez való teljesebb visszatérés – a köztársasági elnöknek a fegyveres erők vezetésében és a törvényhozásbeli hatáskörével – *zsákutcába* viheti az országot (3:570.).

A vita ezután az elnökválasztás mikéntjéről és idejéről folyt; anélkül, hogy ilyen vagy olyan módon az 1946: I. tc.-hez való visszatérés kérdésében újat mondott volna. Az 1946:I. tc. elfogadási körülményeit bírálta Keresztes Sándor (KDNP), különösen azt, hogy „a pártok a választással nem tették a köztársasági elnök személyét kérdésessé, illetve az államforma kérdését sem, így a népakarat nem nyilvánulhatott meg”. Mindazonáltal a „középerős”, tehát az 1946: I. tc.-ben megfogalmazott jogállású köztársasági elnök intézményével értett egyet. (Uo.)

Szabad György azzal egészítette ki Antall Józsefet, hogy az 1848: III. tc.-re való utalást – teszem hozzá: a mintegy köztársasági elnöknek tekinthető kormányzó elnöki hatásköre kapcsán – Kossuth Lajos is megtette már 1849-ben; arra az alaptörvényre egyébként a miniszteri ellenjegyzés kapcsán is hivatkozni lehet. Ő az MSZMP-vel való kiegyezés helyett megegyezést javasolt: „a kiegyezés [...] mindig jogfeladás, a megegyezés [...] a közös jogiség alapján áll” (3:583–584.).

A köztársasági elnöknek az 1946: I. tc.-beli hatáskörét Antall József nem-hogy szűkíteni, inkább bővíteni kívánta. „A hadsereg főparancsnokságával [...] mivel] a Szövetséges Ellenőrző Bizottság ’46-ban nem engedte ezt egyértelműen bevenni a 46: I-be, és ezért a katonai kérdés kontúrosan van benne megfogalmazva.” A hadsereg főparancsnoki hatáskör esetében is kötné az elnököt a miniszteri ellenjegyzés (3:627.). Antall szerint – ha a Fidesz is egyetért vele – „az alkotmánymódosításba bekerül az 1946: I. törvénycikk szellemében és annak megfelelő formában a köztársasági elnöki intézmény – ez némi moderinzálással, ami esetleg szükséges [...]”. Hangsúlyozta, hogy az 1946: I. tc.-t „[e]gyszerűen visszaállítani azért nem lehet – azt jogászok nyilván kifogásolnák –, mert negyven évnek minden rendelete válna semmivé azáltal”. A Tanácsköztársaság rendeleteit hatályon kívül helyezte az 1920: I. tc., tehetjük teljesebbé Antall utalását, mivel akkor az „idő rövid volt ehhez”.

Mindez azt jelentette, hogy ő sem kívánt visszatérni az 1949: XX. tv. előtti történeti alkotmányunkhoz, arra csupán *preambulumban* tartotta lehetségesnek a hivatkozást. Mint mondta: „itt utalunk a 48: III-ra, és utalunk a 46: I-re is, vagy tölem akár Károlyira is, bár ez egész[en] más [...], esetleg lehet [utalni] a ’49-es kossuthi megoldásra, [a] kormányzó elnök” tisztségére (3:631–632.).

Az EKA kilencórás heves vitában több időszertű kérdésben nem jutott egyet-értésre, ezért határozatot nem hozott, ám az 1946. I. tc.-nek *mutatis mutandis* az alkotmánymódosításba való „beemelése” hallgatólágosan mégis elfogadottnak volt tekinthető (3:632–642.).

Antall József az EKA „egyes szervezeti” (KDNP, MNP, FKGP) újabb állásfoglalása, valamint a másik két oldal „alkotmányjogi szemléletét” figyelembe véve az NKA középszintű politikai egyeztető bizottsága elé 1989. augusztus 30-án a következő javaslatot tette:

„1. Az államfő, illetve a köztársasági elnöki intézmény bevételeit javasolja a módosított alkotmányba. Tehát az intézmény – a köztársasági elnöki intézmény – bevételeit javasolja.

2. A módosításban szereplő köztársasági elnöki intézménynek koncepciójában, lényegét illetően az 1946. évi I. törvénycikkben foglaltaknak kell megfelelnie, annak szövegét és rendelkezéseit véve alapul;

a) kiegészítve az 1946. évi törvénycikk 11. § (2) bekezdését a hadsereg főparancsnoki jogkörével, az egyéb helyeken érvényesülő garanciákkal;

(Legyen szabad megjegyeznem, hogy az 1946. évi I. törvénycikk korlátozottan intézkedett a hadsereg főparancsnoklásáról – korábbi alkotmányjogi kifejezéssel élve legfőbb hadúr[ról], elsősorban monarchiákban –, tekintettel arra, hogy 1946-ban Magyarország nemzetközi jogi értelemben is megszállt ország volt. Ennek következtében korlátozott lehetett csak az elnök jogköre a hadsereg főparancsnoklását illetően.)¹⁴

b) továbbá azzal, hogy a parlamenti választásokat követően kerülhet sor a megválasztásra – ennek záradékként való közlésével;

c) továbbá addig – tehát az elnök megválasztásáig – az 1946. évi I. törvénycikk (2) és (3) bekezdése alapján, annak időben történő kiterjesztésével, a parlamenti elnök gyakorolja az államfői jogkört.

3. Az e kérdéssel összefüggő részleteket a továbbiakban az I/1. szakbizottság dolgozza majd ki, illetve egyeztesse.

Tehát ez azt jelenti, hogy az 1946. évi I. törvénycikk alapján azt a köztársasági elnöki koncepciót tartjuk elfogadhatónak, amelynek értelmében a végrehajtó hatalom feje a köztársasági elnök, és az 1848. évi III. törvénycikkben kifejezésre jutó minisztériális kormányzással összefüggésben a kormányon keresztül gyakorolja a hatalmát.

Ezzel a fentiek alapján a magyar közjogi hagyományokhoz ragaszkodunk, beleértve a minisztériális kormányzást – miniszteri ellenjegyzéssel –, s az ezzel összefüggő köztársasági elnöki intézmény létrehozását most indokoltnak tartjuk. Ezt fejezte ki az 1946. évi I. törvénycikk. De a magyar törvények egyben a magyar alkotmányosság, a magyar közjogi folytonosság alkotásai, amelyet 1949-ben a demokráciáról a diktatúrára való áttérés semmisített meg. Noha nem lehet szó egyszerűen a korábbi törvények újra való hatályba helyezéséről, ami nyilvánvalóan megsemmisítené

¹⁴ Erre tudtommal először éppen ez az előterjesztés utalt. A hadúri jogok gyakorlásának kérdéséről, melyet Tildy Zoltán köztársasági elnök mint „nem időszertű”-t 1947. január 20-án levett a napirendről, magam is írtam. Vö. RUSZOLY JÓZSEF: „Magyarország köztársaság”. Az államfői jogok 1944–45-ben és az 1946. I. tc. létrejötte = RUSZOLY JÓZSEF: Újabb magyar alkotmánytörténet, 391.

az elmúlt négy évtized jogalkotásait – és ez lehetetlen –, de átvehető a korábbi törvények szelleme, szerkezete és koncepciója a jelen alkotmánymódosításba. Ezzel mintegy történelmi igazságot szolgáltatunk, és olyan alkotmánymódosítást hajtunk végre, amelyet a magyar nemzet 1848 óta magáénak vallott, és szabad választásokon született parlament hagyott jóvá 1946-ban.

Úgy véljük, hogy ez a köztársasági elnöki intézmény felel meg annak a közjogi hagyománynak, amely soha nem ismerte az abszolut monarchiát, és amelynek alkotmányos folytonossága európai értelemben is büszkeségeink közé tartozhat. Úgy véljük, hogy ebben az átmeneti helyzetben, amikor jogosultságok mellett egyáltalán legitimitások kerültek kétséges állapotba, indokolt egy olyan alaptörvény szellemének, koncepciójának az újra való felélesztése, az új körülmények között való beillesztése, amelyről elmondhatjuk azt, hogy történelmünk folyamatában szabad választások eredményeként összeült parlament hagyta jóvá.

Tisztában vagyunk azzal, hogy jelen álláspontunk, amelyet a Kerekasztal egyhangúlag vett tudomásul és az Ellenzéki Kerekasztal magáénak vall, ezt a javaslatot most átadva nem kaphatunk rá azonnal érdemi választ; és új vizsgálatot, új felülbírálatot igényel a másik oldal részéről, amelynek nyilvánvaló elhangzása és későbbi állásfoglalása után térhetünk erre vissza.

Tisztelt tárgyalófelek! Engedjék meg, hogy ezt a törvény egy-egy példányával átnyújtsuk a másik két tárgyalófélnek!” (4:19–20., vö. 6:147–148.; 8. jz.)

E kérdés oly horderejű volt, hogy Antall javaslatára a másik két fél rögtön nem felelhetett. Az I/1. sz. munkabizottság 1989. augusztus 31-i ülésén a Harmadik Oldal fönntartotta ugyan egy 5 tagú – rotációs alapon működő – ideiglenes államfői kollégiumra augusztus 23-án előterjesztett javaslatát (6:137.; 25. jz.), ám a másik két fél megegyezésre jutott.

„Az MSZMP és az Ellenzéki Kerekasztal delegációja nem ellenzi azt, hogy a köztársasági elnöki intézményt az 1946. évi I. törvény rendelkezéseinek figyelembevételével és az elmúlt negyven év alkotmányfejlődése nemzetközi és hazai tapasztalatainak hasznosításával alakítsuk ki.” (6:145.).

Ennek utána az NKA középszintű egyeztető bizottságában Pozsgay Imre 1989. szeptember 4-én igenlően bejelentette: „arra a konzekvenciára jutott az MSZMP tárgyaló küldöttsége, hogy az 1946. évi I. törvényt – különös tekintettel annak a magyar közjogba illeszkedő, a nemzeti és állami kontinuitást kifejező mivoltára, tekintettel a benne foglalt meghatározások ma is érvényes voltára – tárgyalási alapnak korszerűsített formában elfogadja”. E korszerűsítés a hadsereg-főparancsnoki tiszt elnöki ellátására, valamint az elnökválasztásra vonatkozott: az MSZMP tárgyalóküldöttsége számára kialakult, hogy közvetlen népszavazáson választott köztársasági elnöki intézményként kívánja deklarálni tárgyalási pozícióját” (4:133.). Lényegileg ugyanúgy választott Rabi Béla a Harmadik Oldal képviselőjeként (4:134.).

Antall József az EKA 1989. szeptember 11-i ülésén számolt be az 1946: I. tc.-nek mint kiindulási alapnak a másik két oldal általi elfogadásáról, természet-

tesen nem hallgatva el az elnökválasztással kapcsolatos ellentéteket sem. A vita az ellenzékiek körében ez utóbbi kérdésben folytatódott tovább, historikus kérdéseket lényegileg nem érintve. A választás ügyében ismeretesen nem is juthattak itt sem egyetértésre.

Antall az NKA középszintű politikai egyeztető bizottságában ugyanezen a napon a hadsereg-főparancsnoki tisztre létrejött konszenzus jelentőségét aláhúzza kijelentette:

„a miniszterelnök semmilyen körülmények között, éppen az 1848. évi III. törvénycikkre épülő 1946. évi I. törvénycikk alapján nem lehet, amit ő is idézett, mert egy egész más kormányfői konstrukció van, ahol a többi miniszterrel való egyenlőségét sértené az, ha ilyen kiemelt jogosítványt kapna. Erre példa a Német Szövetségi Köztársaság, ahol a kancellár a hadsereg főparancsnoka, [ez is] az 1949 utáni német alkotmányban szerepel csak, a weimari tanulságok után, részben pedig Konrad Adenauer személyes kiváltsága volt ez a megoldás. Ott azonban ennek az az ára, hogy a kancellárt a *Bundestag* külön választja, és utána csak ő válogatja ki a minisztereket és mutatja be, tehát egész kiemelt, külön jogosítványa van a szövetségi kancellárnak, és pro forma sem *primus inter pares*. Tehát egészen más jellegű, úgyhogy nem lehet.

Mi azért tartjuk fontosnak azt, hogy a köztársasági elnök lássa el a hadsereg-főparancsnoki tisztelet a megfelelő garanciális körülírással, stb., mert ez egyrészt a kialakult alkotmányos jogrend része, akár alkotmányos monarchiáról, akár parlamenti köztársaságról, akár prezidenciális köztársaságról van szó; minden olyan eset, ahol ez mellőztetik, olyan sajátos helyzetet teremthet, mint megítélésünk szerint az elmúlt időszakban is érvényesült Magyarországon, aminek következtében végső soron bizonyos alkotmányjogi áttételekkel, amit most részletesen nem kell ismertetni, a hadsereg főparancsnoka az MSZMP főtitkára volt, mint a Honvédelmi Tanács elnöke, stb. Nem kell részletezni. Tehát ezt alkotmányjogilag egy abszurd megoldásnak tartjuk.

Másképpen a honvédelmi miniszter sem rendelkezhet olyan különleges szerepkörrel, miután a Minisztertanács egy tagja, és ez egy külön más irányú kööttségeket és jogokat is jelent, tehát ez a megoldás, nem kívánok részletekbe bocsátkozni, azt hiszem, hogy ezek olyan problémák, amik mindenki előtt ismeretesek.

Tehát alkotmányjogilag szükségesnek tartjuk a klasszikus közjogi megoldáshoz való visszatérést, és ebben látjuk az alkotmányos garanciát, ha ebben a formában történik. [Ennek] békeidőben való fenntartása éppen a fontos, ez nemcsak formális, hanem azzal, hogy békeidőben a hadsereg főparancsnoki tisztelet maga az államfő tölti be, automatikusan háború esetén a főparancsnok tisztelet minden országban vagy átruházzák, angolszász országban főparancsnokra, stb., vagy a vezérkari főnök kapja meg a főparancsnok jogát a háború esetén. Tehát mi ehhez kívántunk alkalmazkodni. Nem térünk rá a vezérkari főnök tisztségére. Tehát arra, hogy ennek angolszász vagy porosz megoldása van. Nyilván nem a porosz megoldást javasoljuk” (4:312.).

Antall József fölszólalása túlmutat a hadsereg-főparancsnoki kérdésen. Emellett ugyanis – az ő és Szabad György eddigi fölszólalásaihoz híven – megerősítette az 1848: III. tc. szelleméhez való kötődést is, mely szerint a magyar miniszter-

elnök *soha nem* volt kancellárként *sem főnöke*, sem – alkotmánytörténetileg még képtelenebb kifejezéssel – *munkáltatója* a felelős minisztereknek; helyzete szerint csupán – s ez sem kevés – első volt az egyenlők között (*primus inter pares*).¹⁵ Az ő személyes sikere is volt, hogy 1989-ben „az 1946. évi I. törvénycikk alapján megszületik a történeti kontinuitással helyreállított alkotmány” (4:455.).

Ennek későbbi vitái s az alkotmánymódosítás további folyamata már másik történet. Bővebb kifejtését e helyütt mellőzve, legalább arra azért mégis hangsúlyozottan utalnom kell, hogy a Magyar Demokrata Fórum és a Szabad Demokraták Szövetsége 1990. április 29-i – választások utáni – megállapodása (5:645–654.), amelyben benne foglaltatott ugyan, hogy az „1946. évi I. számú törvénynek [sic!] megfelelően helyreállítandó a köztársasági elnök státusa”, a mintegy kancellári jogállású miniszterelnök intézményének alkotmányunkba való becsempészésével – az 1946: I. tc. által *expressis verbis* fönntartott 1848: III. tc. hallgatólagos mellőzése révén – szakított a parlamentáris köztársaság eredeti, Antall József által is vallott, hagyományos koncepciójával. Kár érte.

JÓZSEF RUSZOLY

AKTUALITÄT DER VERFASSUNGSGESCHICHTE 1989/90

(Zum „Drehbuch des Systemwandels”)

(Zusammenfassung)

Das Hauptforum zur Vorbereitung der *Wende*, die 1989/90 in der neuesten gesellschaftlichen, wirtschaftlichen, politischen und verfassungsmäßigen Entwicklung Ungarns eingetreten war – in der ungarischen politischen Umgangssprache schlicht nur als Systemwechsel bezeichnet – bildete im Sommer 1989 der Nationale Runde Tisch (Nemzeti Kerekasztal) dar. An dessen drei Seiten nahmen Platz Delegierte 1. vom Oppositionellen Runden Tisch (Ellenzéki Kerekasztal), der neun Parteien und Vereinigungen in sich zusammenfasste, 2. von der Ungarischen Sozialistischen Arbeiterpartei/Magyar Szocialista Munkáspárt (MSZMP/USAP), sowie 3. der sog. 'Dritte Seite' Harmadik Oldal (Patriotische Volksfront/Hazafias Népfront und andere

¹⁵ RUSZOLY JÓZSEF: „Egy új alkotmány Magyarországnak”. Az 1848: III. tc. létrejötte. Jogtudományi Közlöny, 1997. febr.; 57–67.; utánközlésben: RUSZOLY JÓZSEF: Alkotmány és hagyomány, 25–43.; RUSZOLY JÓZSEF: Újabb magyar alkotmánytörténet, 7–25.

sozialistische Massenorganisationen). Die Einigung, durch zahlreiche gesonderte und gemeinsame Gremien der unteren Ebenen vorbereitet, wurde vom letzten Parlament der Kádár-Ära (1985–1990) in der Verfassung novelliert, welche hierdurch grundlegend abgeändert worden ist. Als Ergebnis davon wurde am 23. Oktober 1989 die neue-alte Republik Ungarn ausgerufen, die die Ungarische Volksrepublik (1949–1989) ablöste, es sind wichtige verfassungsrechtliche Gesetze entstanden, und im Frühjahr 1990 fanden im Rahmen des wiederhergestellten Mehrparteiensystems die ersten allgemeinen Parlamentswahlen statt.

Der Verfasser, der als aktiver Erforscher der neueren ungarischen Verfassungsgeschichte (1848–1949) vor, während und nach dieser Wende ebenfalls mit der guten Sache würdigem Eifer, jedoch mit wenig Erfolg bestrebt war, einige Institutionen der ungarischen historischen Verfassung als zu befolgende sogar wieder neu aufzulegende Vorbilder, dem Gesetzgeber zu empfehlen, wie dies auch durch seinen Sammelband (*Máig érő alkotmánytörténelem* [=Die bis heute reichende Verfassungsgeschichte], 2002) bezeugt sein kann, passiert in diesem Absatz diejenigen verfassungsrechtlichen Fragen Review, die bei den Verhandlungen am Nationalen Runden Tisch aufgetaucht waren. Eine gute Gelegenheit hierfür bietet der Umstand, dass die Dokumente dieser Verhandlungen mittlerweile veröffentlicht worden sind (*A rendszerváltás forgatókönyve* [...] [= Drehbuch des Systemwechsels] Bde 1–6., 1999–2000).

Obwohl diese "friedliche Revolution" ab ovo mit einer vorübergehenden Kontinuität eines erheblichen Teiles des Rechtssystems des Sozialismus rechnete, wurde am runden Tisch – neben der Adaptation moderner westlicher Lösungen – auch die Möglichkeit einer Rückkehr zu den traditionell-ungarischen Verfassungseinrichtungen zur Sprache gebracht. Besonders in drei Fragenkomplexen: im Hinblick auf das Wahlsystem, die parlamentarische Republik und das Staatswappen.

Das Wahlsystem befolgt – gleichsam wie in dem GesArt. XIX von 1938, genauso wie in der Bundesrepublik Deutschland – nach wie vor eine *gemischte* Lösung: darin überlappen sich Systeme der individuell-mehrheitlichen und der Verhältniss-Listenwahl. Das herkömmliche Institut der parlamentarischen Wahlprüfung wurde jedoch durch eine halbherzige Lösung mittels "Rechtsbehelfe" ersetzt. (Vgl. JÓZSEF RUSZOLY: *Die verlorengegangene Institution. Die Frage der parlamentarischen Wahlprüfung vor dem Nationalen Runden Tisch 1989 in Budapest* = *Parlaments, Estates and Representation*, Vol. 23., November 2003, S. 215–231.)

Eine entscheidende Frage bildete die Rückkehr zur parlamentarischen Republik, und zwar im großen und ganzen in jener Form, in der sie vermittle der letzten Bastion unserer historischen Verfassung: durch den GesArt. I von 1946 – unter Beibehaltung der Ministerverantwortung gemäß GesArt. III von 1848 – errichtet wurde. (Vgl. JÓZSEF RUSZOLY: *Ungarn im Übergang zur*

Republik = Der Staat, 1990, Bd. 29., S. 274–290.) J. Antal, dem national-liberal gesinnten Historiker, dem späteren Premierminister (vom Ungarischen Demokratenforum/Magyar Demokrata Fórum) gelang es ja – mit Einverständnis der USAP/MSZMP – dies durchzusetzen.

Schade, dass er – wie es damals hieß: im Interesse der Regierbarkeit des Landes – nach den Wahlen des Jahres 1990 ein solches Paktum mit dem in Opposition gedrängte Bund Freier Demokraten/Szabad Demokraták Szövetsége schließen musste, welches die alte-neue Republik Ungarn/Magyar Köztársaság eines grundlegenden Instituts der Absicherung entledigte, nämlich der Ministerialverantwortung, die durch den GesArt. III von 1848 geschaffen worden war. Jene Regierungsform vom “Kanzlercharakter”, welche 1990 nach deutschem Vorbild in unsere Verfassung aufgenommen wurde, entbehrt jeglicher Vorgeschichte in der neueren ungarischen Verfassungsgeschichte.

TÓTH LAJOS

Ingatlan-nyilvántartási jogunk de lege ferenda

„A római jogban semmi nevezetesebb elvi különbség nem volt az ingó és ingatlan dologi jog között” (Dr. Szladits Károly)

A kodifikáció szükségessége

Az ingatlan-nyilvántartási jogot, a földhivatalok munkáját, különösen azok személyi és dologi körülményeit jól ismerő szakemberek egy része már az Antal kormány idején sejtette, hogy az 1972. évi 31. tvr.-en és végrehajtási jogszabályain alapuló *egységes ingatlan-nyilvántartás előbb-utóbb összeomlik*.

A sejtés nem valamiféle „jóslaton”, hanem a többpárti parlament által meghozott kárpótlási törvényekkel, az ún. társadalmi tulajdonban lévő beépített, illetve építési telkek privatizációjára hozott jogszabályokkal, és nem utolsósorban a szövetkezeti vagyon részarány-nevesítésével összefüggő hatalmas munka felmérésén alapult.

Az 1991. évi XXV. tv. (a továbbiakban: I. sz. Kárpótlási törvény), valamint az 1992. évi XXIV. tv. (a továbbiakban: II. sz. Kárpótlási törvény) érintette a mezőgazdasági termelőszövetkezetek tulajdonában lévő összes termőföldet, amely az akkori statisztikai adatok szerint *3,5 millió hektárt tett ki*. Ugyancsak kárpótlási árverés célját szolgálta a szövetkezetek használatában lévő 200.000 hektár állami tulajdonú föld. Az I. sz. Kárpótlási törvény kimondta, hogy az állami gazdaságoknak és erdőgazdaságoknak a termelőszövetkezetek által árverésre kijelölt földek 20 %-át kell kijelölniük. Ha tehát a kárpótlási törvények végrehajtásának aspektusából nézzük a földhivatalok feladatát, akkor már 1992-ben látni lehetett, hogy kb. *4 millió 400 ezer hektár* termőföldről kell törölni az ún. „szocialista nagyüzemi táblák” helyrajzi számát, az árverések után elkészíteni az új térképeket, és az újonnan kialakított földrészletekre megszerkeszteni az új tulajdoni lapokat.

Az 1992. évi II. törvény (szövetkezeti átmeneti tv., a továbbiakban: Ámt.) elrendelte a mezőgazdasági szövetkezeti tagok, a velük azonos jogállású személyek és a kívülállók részarányának nevesítését. Az 1993. évi II. tv. a nevesítést „földkiadó földrendező bizottság”-okra bízta, de *a nevesített földrészeket földnyilvántartási munkái szintén a földhivatalok feladata lett.* (Azért a jelen idő, mert a mai napig [2004 nyaráig – A szerk.] nem fejezték be ezt a munkát!) Az 1990-es statisztikai adatok szerint ez több mint 800.000 személyt, és 2 millió hektár termőföldet jelentett.

Összegezve a kárpótlással és a részarány-nevesítéssel érintett termőföldek mennyiségét, ez 6 millió 400 ezer hektár termőföldet tett ki. Az „ügyfelek” számát csak a mai adatok alapján tudjuk megbecsülni. Mivel a rendszerváltás első éveitől 1 millió 600 ezer parasztgazdaság jött létre (ezen belül több tulajdonossal), *a földhivatalok csak a termőföldek vonatkozásában több mint 2 millió személy ügyeit intézték.*

Az Állami Vagyonügynökség (a továbbiakban: ÁVÜ) létrehozásával megindult az *állami tulajdonban lévő ingatlanok privatizációja is.* Ez a földhivatalok számára újabb kihívást jelentett. A legnagyobb baj az volt, hogy a hivatal dolgozói nem voltak felkészültek társasági jogból, cégjogból, a privatizáció eszközeül szolgáló tulajdonszerzési formákból stb. Az Ámt. alapján *a szövetkezeti ingatlanok* (az irodaháztól a műanyag edényeket gyártó melléküzemáig) privatizációjához pedig szövetkezeti jogi, pénzügyi jogi (üzletrész) ismeretek kellett volna.

Ezen a területen tehát nemcsak a jogügyletek száma, hanem azok bonyolultsága, összetettsége, az „ügyfelek” közismertsége (pl. voltak olyan privatizált üzemek, amelyek igazgatótanácsában miniszterek is érdekeltek voltak!) *teljes elbizonytalanodást okozott a hivatalok ügyintézői körében.*

Az összeomlás első jelei a kárpótlási törvények végrehajtásával jelentkeztek. A kárpótlási kérelmek beadásához csatolni kellett az „igazságtalan határozatot”. Mivel a II. sz. Kárpótlási tv. 1939-ig ment vissza, ezek többsége (lényegében 1963-ig) a földhivatalokhoz 1972–1973-ban „áttelepített” telekkönyvi betéttárban voltak találhatóak. (Vagy az áttelepítések során sérültek, semmisültek meg.) 1968. január 1-től 1990 márciusáig a földhivatalok felbecsülhetetlen megváltási határozatot hoztak. Ezen felül náluk kellett keresni a társadalmi tulajdonszerzés több jogcímén keletkezett okiratokat is (pl. államosítás, megvásárlási jog, önkéntes földfelajánlás, vételi jog, másodvételi jog, ingyenes átadás stb.).

A kárpótlásra jogosultak naponta *százával álltak sorban a földhivatalok előtt.* Hiába vezették be a sorszám-osztást, a tömegnyomást nem tudták megszüntetni. Ezen a túlórázás bevezetése sem segített. A teljesen alulfizetett hivatali dolgozók az angliai postás példát követve, „munkalassító sztrájkba” léptek. Ez alapján a kormány azonnal béremelést (túlórapótlékot) adott az ügyintézőknek. Így a sztrájk megszűnt, de a munka nem lett kevesebb.

Alig lett vége a kárpótláshoz szükséges okiratok (másolatok) kikeresésének, elkezdődött a megyei kárrendezési hivatalok árverésein megszerzett *földrészek tulajdoni lapjainak szerkesztése*, a térképészeti munkákkal együtt.

Az óriási terheket csak növelte a privatizált ingatlanok tulajdoni lapjainak „karbantartása”, és a megnövekedett ingatlanforgalommal kapcsolatos kérelmek (beadványok) intézése.

Összegezve a leírtakat: ilyen óriási munkát csak igen nagy hibaszázalékkal lehetett végrehajtani. Ezért igaznak kell elfogadnunk azt a gyakorló jogász (elsősorban ügyvédi) véleményt, hogy a jelenlegi ingatlan-nyilvántartásunk *nem felel meg a valósággal megegyezőség elvének, és főleg nem „naprakész”*.

Különösen vonatkozik ez a megállapítás a tsz. tagok, a velük azonos jogállású személyek, valamint a kívülállók részarányainak földrészlletté alakítására, önálló tulajdoni lapra való felvételére. Arról nem a földhivatalok tehetnek, hogy az 1993. évi II. tv.-t (a földrendező, földkiadó bizottságokról) több mint tízszer módosították. Állításom bizonyítására legyen szabad egy konkrét ügyet felhozni.

Volt szakszövetkezetem – ahol 21 évig voltam jogtanácsos – az 1970-es évek elején 150 ha szőlőt telepített az akkor legmodernebb meliorációs és kordon művelésű technológiával. A körülcsatornázott táblát a szövetkezet teljes egészében kijelölte kárpótlás, illetve részarány-nevesítés céljára. Az árverések és a nevesítések megtörténtek, de a táblából csak 2 személy vett birtokba 15 hektárt. Ez év tavaszán hallgatóimnak „elrettetésül” mutattuk be volt mezőgazdasággal (az egyik birtokossal) a korábban rekordtermést (130 q/ha) adó táblát. Több mint 100 hektár osztatlan tulajdonközösségben lévő szőlőtáblából az akác támkarókat tüzelőnek, a beton merevítő karókat dróthuzattal együtt kerítésnek hordták el a tanyai lakók. A közel 10 éve nem művelt területen a szőlőtőkék a földön fekszenek, amelyet teljesen „felvert” a hatalmas gyom. Csak vélelmezem, hogy az ingatlan-nyilvántartásban ez a tábla még teljesen rendezetlen.

Az ingatlan-nyilvántartás megbízhatatlanságát nem csak a termőföldek rendezetlensége jelenti. Mint már említettem, az adásvételi, ajándékozási, öröklési jog alkalmazásához szokott *hivatali ügyintézők nem voltak felkészülve a társadalmi tulajdon privatizációjához*, a szocialista típusú szövetkezetek felszámolásához *szükséges joganyagból*. Praxisomból erre is szeretnék egy „elrettető” példát felhozni.

Az ország egyik legfontosabb állami vállalatának privatizációját még 1992-ben az ÁVÜ kezdte el. Az állami vállalat Budapesten az Üllői út mellett több mint 5 hektáron terül(t) el. A beépített telken lényegében 3 üzemsz rész található felépítményekkel, gyártósorokkal és laboratóriumi helyiségekkel. A 3 üzemsz rész tevékenysége nélkülözhetetlen az ország működéséhez.

A privatizációban keletkezett összes (köz)okiratot 2003-ban volt szerencsém megismerni. A hivatali és gazdasági titkokat megőrizve e tanulmányban a tu-

lajdoni lap másolat alapján csak az összegezésre szorítkozom. Több mint 10 éve egyik cégnek sincs bejegyzett tulajdonjoga (kezelői joga).

Az ügy slusszpoénja, hogy a földrésztlet tulajdoni lapján csak egy kis gazdasági társaság 860/10.000-ed tulajdoni hányada szerepelt adás-vétel címén. Így egy multi banknak, közjegyző által készített jelzálog kölcsön szerződését sem jegyezte be a földhivatal.

Végezetül *a lakások, lakótelkek szakszerűtlen nyilvántartásáról rendszeresen „tudósít” a média.* Ma már „lakás-maffiákról” is beszélnek (írnak) és sajnos, kapcsolatba hozzák őket egyes földhivatalokkal.

Az ingatlan-nyilvántartás szervezeti és működési összeomlása 2001–2002-re következett be. A földhivatalok hatalmas ügyhátralékkal, egyes ügyekben büncselekmény gyanújára okot adó ügyintézással dolgoztak. Vonza Andráshoz (az FVM akkori miniszteréhez) több tucat feljelentés, panasz érkezett a Fővárosi Kerületek Földhivatala, illetve kerületi földhivatalok ellen. A miniszter felügyeleti (Fővárosi Földhivatal) vizsgálatot rendelt el a FKFH-nál. Mivel a vizsgálat büncselekményekre utaló megállapításokat is tartalmazott, a belügyminiszter a „feljelentést” áttette az ORFK-hoz. Az eredményes nyomozás alapján több mint 10 fővárosi, kerületi földhivatali vezető, illetve ügyintéző került őrizetbe, és letartóztatásba. Megítélésem szerint ebben az országos botrányt kiváltó bűnügybe még további, illetve nem földhivatali személyek is bekerülhetnek.

Az állampolgárok, de a jogalkalmazók egy része szerint a fővárosi jelenségek megtalálhatók lennének a vidéki földhivatalok nagy részénél is. *A földhivatalokkal szemben tehát országos bizalomvesztés alakult ki.*

Kodifikációs törekvések (munkálatok) a rendszerváltozás óta

1. Az Antall-kormány idején a parlament szükségszerűen olyan törvényeket alkotott, amelyek a manuális módon dolgozó földhivatalok számára óriási munkaterhet jelentett. A kormány utolsó évében viszont „csoda” történt. Az FVM akkori helyettes államtitkárának (megérdemli, hogy megnevezzük: dr. Jójárt Lászlónak) köszönhető elsősorban, hogy a PHARE-program keretében benyújtott pályázatukra akkora összeget kaptak, amelyből megvalósulhatott az ingatlan-nyilvántartás átállítása „elektronikus gépi adatfeldolgozásra”.

Jogtechnikailag az átállítás szabályozását a parlament az 1994. évi V. törvénnyel oldotta meg úgy, hogy az 1992. évi 31. tvr. végére külön cím alatt új paragrafusokat iktatott be. (Tvr. 50–62 §-a.) Hasonlóan jártak el a végrehajtási rendelettel is. (Vhr. 147–151. §-a.) *Az 1994. évi V. tv. tehát csak részben nevezhető az ingatlan-nyilvántartás kodifikációjának.*

A rendelkezésre álló PHARE-pénz csak arra volt elegendő, hogy a hivatalokat a számítógépes szakemberek a legmodernebb gépekkel szereljék fel, de nem maradt belőle *a hivatali ügyintézők kiképzésére* (minőségi cseréjére). Úgy tudom, a pályázati feltételek erre nem is adtak lehetőséget.

Az eddig említett hatalmas munkateher alatt, a kisgazdapárti minisztérium irányítását is beleértve – úgy gondolom – *valós az az összegező megállapítás, hogy az ingatlan-nyilvántartás rendszere a csúcstechnika bevezetésének ellenére (vagy e miatt is) a Boros-kormány idején (1994 februárjára) összeroppant.*

2. A Horn-kormány kodifikációs tervében kiemelt helyet kapott az ingatlan-nyilvántartás teljeskörű újraszabályozása. A kodifikációs munka megkezdésével egyidejűleg a kormány igazságügyi minisztere – dr. Vastagh Pál – grandiózus javaslattal állt elő. Az ingatlan-nyilvántartás a régi Telekkönyvi Rendtartás elvei alapján kerüljön át az igazságügy-miniszter irányítása alá, a földhivatalok pedig a bíróságok mellett működő hatóságok legyenek.

A javaslat széleskörű ellenállásba ütközött. A bíróságok vezetői elsősorban a helyiségek hiányára hivatkoztak, a földhivatal vezetői és dolgozói a költözködés nehézségeit, az irattár és az újonnan telepített gépi adathordozók megváltoztathatatlanóságát vetették fel.

Véleményem szerint a miniszter javaslata egyrészt idő előtti volt, másrészt nem tartalmazta a megvalósítás részleteit. Így társadalmi (szakmai) vitára sem volt alkalmas. Ugyanakkor az új ingatlan-nyilvántartási törvény és a végrehajtási (ahhoz kapcsolódó) jogszabályok tervezetének kidolgozása, a törvényjavaslat parlament elé terjesztése sürgető tényezőként hatott. Ennek jegyében indult meg egy alapos kodifikációs munka.

A parlament által elfogadott – ma is hatályos – ingatlan-nyilvántartási törvényt, az 1997. évi CXLI. sz. tv.-t (a továbbiakban: Inytv.) 1997. XII. 17-én hirdették ki. A végrehajtási rendelet a 109/1999. (XII. 29.) FVM számot viseli (a továbbiakban: Vhr.). Újdonsága a Vhr.-nek, hogy azt az FVM-nek az igazságügyi miniszterrel, a pénzügyminiszterrel, valamint a belügyminiszterrel egyetértésben kellett meghoznia [Inytv. 90. § (1) bek.].

E tanulmánynak nem feladata a hatályos joganyag részletes elemzése, de az Inytv.-nyel kapcsolatban e helyen szükséges két nagyon fontos megjegyzést tennünk.

a) A törvény külön cím alatt határozza meg az ingatlan-nyilvántartás elveit (3–8 §-ok). A szakirodalomban és a korábbi joganyagban (beleértve a Telekkönyvi Rendtartást is!) a törvényi felsorolásnál több alapelvet ismerünk.¹ Ha „rosszmájú” lennék, akkor azt is mondhatnám, hogy „a valósággal megegyezésesség elvét” tudatosan hagyta ki a parlament. Pedig a jelenlegi nyilvántartásnak egyik legsúlyosabb hibája, hogy nem egyezik meg a valósággal (lásd az előző fejezetben felhozott példákat).

b) A másik megjegyzés összefügg az előzővel. Az Inytv. 23. § (3) bekezdése a következőképpen szól. „A település belterületének 1 hektárt meg nem haladó földrésztletét – a fő hasznosítási módra tekintet nélkül – művelés alól kivett

¹ Lásd SZLADITS KÁROLY: *A magyar telekkönyvi anyagi jog.* (Szerkesztette: Dr. Führer Imre. Bp. 1924.); TÓTH LAJOS: *Az ingatlan-nyilvántartásunk alapelvei. Acta Jur. et Pol. Szeged.* Tomus LV. (Veres József Emlékkönyv), Fasc. 28. Szeged 1999.

területként kell nyilvántartani.” Erre a szövegre itt csak egyet lehet mondani: Cui prodest? (Szerintem a külföldieknek.)

3. A kihirdetett Inyvtv. 2000. január 1-jén, *már az Orbán-kormány idején lépett hatályba*. A kihirdetés és a hatálybalépés közötti időben az új koalíciós kormány hivatkozott miniszterei készítették el a Vhr-t, és ennek kihirdetése 1999. XII. 29-i dátummal történt. Ezt megelőzően viszont *Torgyán József miniszter* – az Inyvtv.-ben meghatározott miniszterek egyetértését ki nem kérve – *megalkotta* a 62/1999. (VII. 21.) FVM sz. rendeletét „a földhivatalokról”. A felhatalmazást tartalmazó bevezetőben nem is hivatkozik az Inyvtv-re, holott e törvénynek 9–10. §-a „Az ingatlan-nyilvántartást vezető szervezet” címet viseli.

Egy tudományos munkában el kell kerülni a napi politikát, ezért nem is politikai célú megállapításnak szánjuk, hanem a valós tények rögzítésének, hogy az Orbán-kormány alatt a földnyilvántartási tevékenység, a megyei földhivatalok irányítása, felügyelete olyan kiscsapatpárti miniszterek kezébe került, akiknek jelentős szerepük volt abban, hogy a földnyilvántartás teljes válságba jutott. A földhivatali vezetők és ügyintézők körében jelentős változásokat hajtottak végre, de ez nem a szakmai színvonal erősítését szolgálta. Az is a minisztérium számlájára írható, hogy nem emelkedett jelentős mértékben az ügyintézők bére, ennél fogva a gépi nyilvántartáshoz érő ügyintézők létszáma. Hihetetlennek tűnik, de igaz, hogy pl. a földhivatalt csak egy érettségivel rendelkező vezető irányította.

A kormány szerencséje, hogy volt egy igen lelkiismeretes igazságügyi minisztere (dr. Dávid Ibolya), aki az Inyvtv.-t 1998–2002 között magáénak tekintette, a szükséges törvényt módosítási javaslatokat a minisztériumában kidolgoztatta, és a törvényjavaslatokat a parlament elé terjesztette. Így történhetett meg, hogy a parlament több alkalommal módosította az Inyvtv.-t.

Az igazságügyi miniszter ideje alatt is felszínen volt a nyilvántartási szervezet átalakítása, a bíróságok mellé rendelésének gondolata, de ő ezt – információink szerint – nem látta időszerűnek. Pontosabban – nagyon okosan – a Ptk. kodifikációjával kapcsolta össze. A rendelkezésére álló költségvetésből pedig a bírák fizetését emelte, a lepusztult bírósági épületek felújítását finanszírozta.

Ezzel szemben az FVM a megyei hivatalainak személyi állományát növelte (átvette a kárrendezési hivatalok dolgozóinak nagy részét).

A föld-nyilvántartást és annak szervezeteit elhanyagoló politika 2002 végén, 2003 tavaszán országos botrányba fulladt. 2002 végén az FVM feljelentése alapján az ORFK nyomozást indított a FKfH-nál ismeretlen tettes/ek/ ellen. 2003 áprilisában több fővárosi kerületi ügyintéző letartóztatására került sor, majd őket követte több mint 10 fővárosi földhivatali dolgozó őrizetbevétele.

A Medgyessy-kormány felismerte a jelenlegi ingatlan-nyilvántartás tarthatatlanságát, és *egy kormányhatározatot hozott*. Ennek lényege, hogy a földhivatalokat több évtizede irányító FVM és a törvénytervezetek elkészítéséért és szakmai színvonaláért elsősorban felelős IM készítsen egy konszenzuson alapuló

szabályozási koncepciót, és az egységes javaslat kerüljön a kormány elé. Ismereteink szerint a két minisztérium között 2003 őszéig a konszenzus nem jött létre, így a külön-külön szervezett ún. társadalmi vitaüléseken kaptunk tájékoztatást a két tárca álláspontjáról. De ez már a jelen, és mondandónk külön fejezetbe kívánczik.

A kodifikáció jelenlegi állása

1. A kormányhatározat alapján kialakított álláspontjával a FVM állt először a nyilvánosság elé. A Magyar Jogászegylet Agrárjogi Szakosztálya 2003. március 6-án „szakmai konferenciát” tartott, amelynek 2. napirendje „Az ingatlan-nyilvántartás korszerűsítésének lehetséges útjai” címet viselte, három előadóval. Az 1. napirend keretében Otto Soergel, a Német Jelzálogbankok Szövetsége részéről tartott előadást. A 2. napirend tárgyalásának megkezdésekor váratlan fordulat történt. Az elnöklést az FVM helyettes államtitkára vette át, és ő kérte fel az egyik kiváló előadót előadásának megtartására. Az előadó bejelentette, hogy a továbbiakban a szakmai konferenciát FVM rendezvénynek tekinti, és ő e rendezvényen nem kíván semmit előadni. Az elnök ezután a Legfelsőbb Bíróság bíróját kérte fel, aki ez időben az IM-be a Polgári Jogi Kodifikációs Főbizottsághoz volt „kirendelve”.

Az előadó a nyilvántartás korszerűsítése kapcsán lényegében két kérdéssel foglalkozott. Az ingatlan-nyilvántartási bejegyzés visszaható hatályával, és az ingatlan-nyilvántartási ügyek bírósági felülvizsgálatával, mint a hatalmas „ügyháttralék” egyik okozójával. Ezután következett a harmadik előadó, az FVM jogi osztályvezetője. Előadásának első részében (csaknem felében) „történeti áttekintést” adott a földhivatalok kialakulásáról, és az 1972-es egységes ingatlan-nyilvántartás létrehozásának helyes voltáról. Előadásának második részében foglalkozott azzal, hogy az FVM továbbra is ragaszkodik a földhivatalok irányításához és felügyeletéhez. *Ingatlan-nyilvántartásunk „siralmas”* (ezt a jelzőt nem ő használta!) *helyzete „korszerűsítéssel” megoldható.* Statisztikai adathalmazzal indokolta az „ügyháttralék” okát, és biztosította a jelenlévőket arról, hogy ezt az ügyháttralékot (elsősorban a budapestit) rövidesen feldolgozzák.

Az FVM tehát semmiféle szervezeti átalakítással nem ért egyet, és továbbra is ragaszkodik az ingatlan-nyilvántartás irányításához és felügyeletéhez.

Az FVM álláspontja érthető. A földügyi igazgatás (ugyanis a földhivatalokban nem csak nyilvántartás folyik) személyi állománya megközelíti az 5.000 főt, évi költségvetése pedig a 8–10 milliárd forintot. Ehhez jön még a 115 körzeti + 19 megyei földhivatal, valamint a FKFH-ának és a Fővárosi Földhivatal-

nak, a Földmérési és Távérzékelési Intézetnek az ingó és ingatlan vagyona (épületek kezelői joga), valamint a hatalmas értékű műszerparkja.²

Az FVM álláspontjának ismertetése után – a meghívó szerint – a 3. napirend „Vita” lett volna, de erre nem került sor, mert két 5–5 perces hozzászólás után az FVM helyettes államtitkára a „konferenciát” berekesztette.

A médiából vett információk szerint, az FVM – a Magyar Jogászegyleti rendezvény után – még egy „társadalmi vitát” rendezett az „ingatlan-nyilvántartás korszerűsítése” jegyében. Összehívták a Földügyi Dolgozók Szakszervezetének (az elnevezés nem pontos!) rendezvényét, ahol az FVM képviselője bejelentette, hogy ha az ingatlan-nyilvántartási hivatalok átkerülnek a bíróságok mellé, és az IM irányítása alá, akkor ez 1500 földhivatali dolgozó elbocsátását (sic!) (munkaviszonyának megszüntetését) jelenti.

2. Az Igazságügyi Minisztérium kodifikációs javaslatát Egerben az „Óriás” Jogásznapi rendezvényén ismerhettük meg 2003. szeptember 26–27-én. A kétnapos országos konferencia előadói voltak: Bárándi Péter igazságügy-miniszter; Jójárt László az FVM volt helyettes államtitkára; Stern Bertram a svéd National Survey vezetője; Bánáti János a Magyar Ügyvédi Kamara elnökhelyettese; Devánszkiné dr. Molnár Katalin a Parlament Alkotmány- és Igazságügyi Bizottságának tagja.

A kétnapos program, valamint az előadók országos ismertsége mutatja, hogy ezzel a rendezvénnyel össze sem lehet hasonlítani az 1. pont alatti „FVM-rendezvényt.”

Az igazságügyi miniszter tájékoztatta a résztvevőket azokról az információkról, amelyeket a tárca az állásfoglalásához beszerzett. Megdöbbentő adatként közölte, hogy a földhivatalokban dolgozó hatalmas létszámból egy százalék alatt van a felsőfokú jogi diplomások létszáma, tehát ez országos szinten az 50 főt sem éri el. Véleménye szerint – nagyon helyesen – a minisztérium arra a következtetésre jutott, hogy az ingatlan-nyilvántartásunk attól nem lesz korszerűbb, ha a jelenlegi létszám a hatalmas ügyhátralékot feldolgozza.

Egyrészt a szakszerűtlenség, másrészt az igen alacsony bérezéssel dolgozók vesztegethetősége miatt az IM csak akkor venné át az ingatlan-nyilvántartás irányítását, ha az új hatóságokban az ügyeket érdemben eldöntő személyek jogi diplomával rendelkeznének, és a bírakkal azonos szintű fizetést kapnának. A minisztérium felmérte az átalakítás költségkihatásait is, és – ha jól emlékszem – ez 3 milliárd forintot tenne ki, ami a minisztérium költségvetésének megemelésével kigazdálkodható. Azóta persze megváltozott a kormány költségvetési politikája, így nem lehet tudni az ingatlan-nyilvántartás szervezeti átalakításához lenne-e megfelelő fedezet.

Jójárt Lászlónak az FVM volt helyettes államtitkárának – ingatlan-nyilvántartásban ma az ország kiváló szakértőjének – előadásából azért nem

² <http://www.takarnet.hu>

fogalom össze a lényegét, mert rendelkezésemre bocsátotta az IM megbízásából készített 55 oldalas tanulmányát, és a továbbiakban ebből kívánom álláspontját idézni.

A kodifikáció jelenlegi állása címet adtam a tanulmány e fejezetének, de őszintén bevallom, hogy az eddig leírtakon túl a jelenlegi helyzetről bővebb, hiteles információim nincsenek. Megpróbáltam ugyan ezeket megszerezni az FVM helyettes államtitkárának titkárságától tudományos kutatás céljára; de itt azt a választ kaptam, hogy minden minisztériumi anyag hivatali titkot képez a kormány elé terjesztésig, ezután pedig a kormány anyaga a parlament elé terjesztésig. Így nem tehetek mást, mint *az eddig leírtak alapján fejtem ki nézetemet az ingatlan-nyilvántartás átalakításáról*. Tudatosan használom az *átalakítás* terminus technikumot, mert előrebecsátom: a jelenlegi állapot nem tartható fenn, és véleményem szerint *nem reformra, nem korszerűsítésre van szükség* ha azt akarjuk, hogy a „csödbe” jutott ingatlan-nyilvántartási jogunk megfeleljen a rendszerváltás óta bekövetkezett kihívásoknak, és nem utolsó sorban az EU magasabb elvárásainak.

Egy koncepció az ingatlan-nyilvántartási jogunk kodifikációjához

1. Ha egy épület elemi csapás (árvíz, földrengés) miatt statikailag is károsodik, a szakembereknek az alapokig lehatoló vizsgálattal kell megállapítaniuk, hogy az épületet le kell-e teljesen bontani, vagy csak felújítási munkákat kell rajta elvégezni. Így van ez a több évtizedes (évszázados) jogintézményekkel is.

Köztudott, hogy a mai egységes ingatlan-nyilvántartásunk 1973-ban az addig kialakult *állami földnyilvántartás* és a közel egy évszázados *telekkönyvi hatóságok* szervezetének és iratanyagának egyesítésével jött létre. Amikor tehát ennek az egységes rendszernek a kodifikációját tervezzük, nekünk is vissza kell nyúlnunk az alapokig, és *az egységesítést eldöntő párt-állami döntés vizsgálataig, értékeléséig*. Az alapokig történő visszatekintést ebben az esetben az 1850-es évekig tartom szükségesnek.

A Trianon előtti Magyarországon a teljes körű ingatlan-nyilvántartás két irányban alakult ki:

- a) az elsősorban adózás célját szolgáló *kataszteri nyilvántartás*,
- b) az ingatlanforgalom célját szolgáló *telekkönyvi nyilvántartás* irányában.

ad a) A földadókataszter bevezetése 1850. március 4-én egy császári pátenssel történt. Ez a rendelkezés a hozadékkatasztert vezette be, mely arra épült, hogy adott egységnyi földterületen (1 holdon) mennyit lehet megtermelni, és az mennyi bevételt eredményez. Az így kapott értékből a termelési költségeket levonták, majd a maradvány összege lett a föld hozadéka. Ez szolgált alapul az adóztatáshoz. Ehhez ismerni kellett a földadó alanyát (aki a tényleges birtokban levő volt), tárgyát (a hasznosított földterületet), alapját (a tartósan elérhető

tisztajövedelmet). A földadókatasztert községenként becsléssel, később felméréssel végezték, mely kiterjedt a művelés ágakra is. Ezeket három minőségi osztályba sorolták, és ideiglenes kataszternek nevezték.

Az 1875. évi VII. törvény a földbirtok arányos megadóztatása céljából egy új állandó földadókataszter elkészítését írta elő, aminek alapja egy részletes felmérés volt. Ez az 1850-ben bevezetett adótelekkönyvből a következőkben tért el:

- aa) A földterületeket részletes felméréssel határozták meg,
- ab) A minőségi osztályok száma növekedett,
- ac) A hozadéki becslést egyszerre és országosan végezték el.

A tiszta hozadék megállapításához az országot becselőjárásokra osztották. Ezen belül osztályozási vidékeket hoztak létre, ha a gazdálkodási viszonyok eltértek az átlagostól. Becslőjáráson belül az azonos termelési ághoz tartozó területet 8 minőségi osztályba lehetett besorolni. Ezen adatokat kataszteri telekkönyvbe és kataszteri birtokívbe foglalták. Az elsőben voltak a község összes földrészletének adatai a helyrajzi számok sorrendjében. A másik a tényleges birtokos községen belüli összes földjét tartalmazta. További munkarészei a határleírásai jegyzőkönyv, a kataszteri birtokvázlat, ami a település összes földrészletét, rajzát, helyrajzi számát, művelési ágát, birtokosának nevét tartalmazta.

Az 1875. évi VII. törvénnyel bevezetett földadókataszter – némi módosítással (1909–1913) – 1964-ig volt hatályban. *A több mint egy évszázadig élő földadókataszter* intézményét azért időszerű ma is felvetni, mert egyértelműen bizonyítja: a mindenkori államnak (államigazgatásnak) – legyen az félf feudális, polgári (kapitalista), vagy szocialista – szüksége volt (van!) egy *olyan saját nyilvántartásra, amely az állam különböző gazdasági funkciónak megvalósulását szolgálta(ja)*. Megszüntetése is úgy (azért) történt, hogy a szocialista állam létrehozta helyette a „szocialista” érdekeket szolgáló, szocialista állami földhivatalokat. Bármennyire furcsának tűnik, *meg kell állapítanunk, hogy a mai állami földnyilvántartás és az 1963 előtti földadókataszter között kontinuitás van, amelyet a kodifikáció kapcsán figyelembe kell vennünk*.

ad b) Az 1851-ben Magyarországon is hatályba léptetett Osztrák Polgári Törvénykönyv (a továbbiakban: Optk.) után egyértelművé vált *az osztrák telekkönyvi rendszer bevezetése is*. Ennek alapja az 1853. április 18-án kelt igazságügy miniszteri u.n. helyszínelési rendelet, illetve az 1855. december 15-én kiadott *telekkönyvi rendtartás volt*.

A telekkönyv munkarészei voltak:

- ba) telekjegyzőkönyvek, később
- bb) telekkönyvi betétek;
- bc) telekkönyvi térképek;
- bd) telekkönyvi okmánytár;
- be) iktatókönyv;
- bf) segédletek (mutatók).

A telekkönyv munkarészeit a „*bíróságok mellett működő telekkönyvi hatóságok vezették*”.

Nem lehet eléggé hangsúlyozni, hogy a telekkönyvi rendszer elsősorban nem az állam érdekeit szolgáló nyilvántartás volt, hanem a *polgári jogi ingatlanforgalmat*, az ingatlant terhelő jogok érvényesítését szolgálta. Szladits Károly erről a következőket mondta: „Az abszolút hatalom egyik legfontosabb rendelete az 1855. évi december 15-iki Telekkönyvi rendelet, amely egységes telekkönyvi jogot hoz be,... Az *Optk. ingatlan dologbeli joga ugyanis a telekkönyv intézményén nyugszik. Telekkönyv nélkül az Optk. funkcionálni nem tud.*” (Kiemelés – T. L.)³

Szladits annyira előrelátó volt, hogy 1959-ben, az első magyar Ptk. kodifikálásakor is átültették gondolatait: telekkönyv nélkül az első szocialista Ptk. sem tud funkcionálni. Mivel a Ptké. 95. §-a akként rendelkezett, hogy „a felszabadulás előtt alkotott polgári jogi tartalmú jogszabályok ... hatályukat veszítik”, szükségessé vált a telekkönyvvel kapcsolatos joganyag újraszabályozása. Így született meg az 54/1960. (XI. 27.) Korm. sz. rendelet a telekkönyvről, a 2/1960. IM sz. rendelet a Kormányrendelet végrehajtásáról, valamint a 118/1960. (XII. 25.) IM. sz. utasítás a telekkönyvi eljárás egyes kérdéseiről. Lényegében 1960-ban – 1961-es hatálybalépítéssel – a Ptk. „megvédte” a telekkönyvi hatóságokat és az általuk vezetett nyilvántartást a már szervezet-szerűen is vezetett állami földnyilvántartással szemben. Így önálló és új Telekkönyvi Rendtartás jöhetett létre a régi szervezet fenntartásával.

Ugyanakkor tényként kell megállapítanunk, hogy a telekkönyvi nyilvántartás képtelen lett volna az 1959. évi 7. sz. tvr. (a továbbiakban: mg.tsz.tvr.), az 1959. évi 24. sz. tvr. (a továbbiakban: általános földrendezési tvr.), valamint az 1961. évi VI. sz. tv. (a továbbiakban: földvédelmi tv.) és VII. tv. (a továbbiakban: erdő tv.) végrehajtásával összefüggő hatalmas munka ellátására. Ezek a jogszabályok az ország mezőgazdasági rendeltetésű és erdő földjeinek csaknem valamennyi földrésztétét érintették.

Érthető tehát, hogy a szocialista állam, a szocialista földtulajdoni és földhasználati viszonyok kialakítása érdekében az állami földnyilvántartást is új alapokra helyezte. Az 1963. évi 32. tvr-rel és a végrehajtásáról szóló 37/1963. (XII. 24.) Korm. sz. rendelettel – a telekkönyvi hatóságok érintetlenül hagyásával – létrehozta a járási és megyei földhivatalokat, és a kettős alárendeltség elvét követve, ezeket részben beillesztette a megyei és a járási tanács rendszerébe.

A bejegyzések vonatkozásában biztosította a földhivatalok primátusát, a telekkönyvnek csak a constituáló hatályát hagyta meg.

A telekkönyvet a szocialista állam lényegében 1963-ban „ítélte halálra”, csak a „kivégzését” halasztotta el 1972-re. Az *Inytvr.-rel megvalósított egységesítés akkor szükségszerű, de rossz döntés volt. A történeti elemzés azt tá-*

³ SZLADITS KÁROLY: i. m. 9. p.

masztja alá, hogy a magántulajdonon alapuló *polgári államnak kettős ingatlan-nyilvántartásra van szüksége*:

- a) az állam gazdasági (gazdálkodói) feladatait (adóztatás, termelés támogatása, agrárágazat irányítása stb.)
- b) a természetes és jogi személyek ingatlanügyleteit (jogaik biztonságát)

szolgáló nyilvántartásra.

Véleményem szerint ma nem az a feladat, hogy „egy tollvonással” (a kodifikációval) gyökerestül megszüntessük a földhivatalokat és visszaállítsuk a telekkönyvi hatóságokat. A rendezést sokkal bonyolultabbnak látom.

Bosánszky Lajos szerzőtársammal (aki akkor a MÉM osztályvezetője volt), 1985-ben tanulmányt írtunk az akkori Igazságügyi Minisztérium részére „A földügyi szakigazgatás irányítási mechanizmusa és a földbirtok politikát érintő hatósági jogköre” címmel.⁴ Tanulmányunkban már akkor javasoltuk: az általános földügyi szakigazgatási feladatokat ellátó földhivatalokon belül le kell választanunk az ingatlan-nyilvántartási részleget az öt kiszolgáló térképészettel (műszakiakkal együtt), mert *ott nem szakigazgatási, hanem hatósági munka folyik*.

Az egységesítés után már 12 évvel kiütköztek a negatív vonások: sérült a valósággal megegyezőség elve; az okiratiság elve; a bejegyzés elve; (nem követeltek meg bejegyzési engedélyt); és főleg nagy volt az ügyhátralék, pontatlan az ügyintézés. Mivel akkor egy önálló földnyilvántartási hatóság kialakítása szóba sem jöhetett, csak a nyilvántartási részlegben és az önálló hatáskörben láttuk a megoldást.

Ezzel a tanulmánnyal *csak jelezni akarom, hogy a földhivatalokat nem a „rendszerváltók” akarják „megreformálni” hanem a változtatás igénye belső lényegükből fakad. Az ingatlan-nyilvántartást mind történeti, mind elméleti szempontok alapján át kell alakítanunk.*

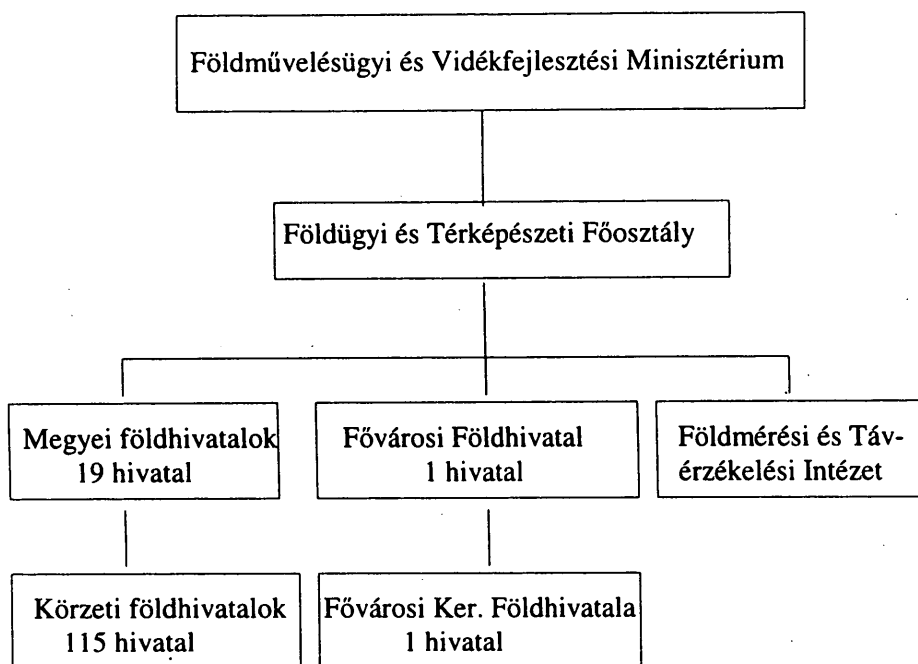
2. Az *átalakítás alapelve* kell hogy legyen: a jelenlegi földhivatalokban lévő irattárat (okirattárat), térképtárat, tulajdoni lapok összességét, a raktárban lévő telekkönyvi irattanyaggal együtt, mozgatni (költöztetni, más helyiségekbe átrakni) nem szabad. Szó sem lehet tehát arról, hogy ha a szervezetet a bíróságok mellett működő hatóságokká alakítjuk át, akkor ez azt jelentené, hogy a hatóságok a bíróságok épületébe is költöznének.

Ugyanez vonatkozik a gépi adatfeldolgozókra is azzal a különbséggel, hogy a számítógépek – az épületen belül – az új személyzet igényei szerint költöztethetők.

A földügyi igazgatás (nem a földnyilvántartás!) szervezeti felépítése jelenleg a következő ábrán szemléltethető.⁵

⁴ *A föld és a népgazdaság.* (Szerkesztette: Tanka Endre.) I. M. Kiadványai 12. kötet. Bp. 1985. 477–514. p.)

⁵ <http://www.takernet.hu>



Az ábrából kiderül, hogy 1-2 eltéréssel a körzeti földhivatalok (FKFH) száma megegyezik az első fokon eljáró (városi) bíróságok számával. Az eltérés összevonással, szétválasztással megszüntethető.

A Ptk. kodifikációjával összhangban (az elnevezést a Ptk. törvényjavaslatában is szerepeltetve *önálló törvényjavaslatot kellene kidolgozni* a „bíróságok mellett működő telekkönyvi hatóságok”-ról, hatályon kívül helyezését javasolva a földhivatalokkal kapcsolatos összes jogszabálynak.

Az új szervezet elkülönült kialakítása a jelenlegi földhivatali épületekben nem kodifikációs feladat.

E törvényjavaslatban azt is el kellene dönteni, hogy szükség van-e „megyei bíróságok mellett működő telekkönyvi hatóság”-okra. Bevallom, hogy a számítógépes adatbázist, az ún. TAKAROS rendszert nem ismerem annyira, hogy ebben a kérdésben állást tudjak foglalni. Illetve ha ez a rendszer igényli a megyei szintet is, fennállását csak akkor támogatom.

A szervezeti átalakítás lehetővé teszi a nyilvántartással kapcsolatos ügyek intézésének lerövidítését is. Ha elfogadható az a javaslat, hogy az *ingatlan-nyilvántartást vonjuk ki az államigazgatás köréből, és tegyük önálló hatósági tevékenységgé*, akkor kézenfekvő a javaslat, hogy a telekkönyvi hatóságok döntései ellen meg kell szüntetni az 1957. évi IV. tv. (Áe.) szerinti állami jogorvoslatot. A telekkönyvi hatóságok határozataira az Inyvtv-t., az ezek elleni jogorvoslatra a polgári perrendtartás rendelkezéseit kellene alkalmazni. Azok

akik attól félnek, hogy ezáltal az így is leterhelt első fokú bíróságokra elviselhetetlenül sok ügy kerül, abban bízzanak, hogy a telekkönyvi hatóságokon a személyi állomány igen jelentős mértékben javulni fog, és a bírói felülvizsgálati keresetek száma csökken.

3. A „bíróságok mellett működő telekkönyvi hatóságok”-ról szóló új törvényben kellene rendelkezni az ott dolgozók megnevezéséről. Evidensnek tűnik, hogy a hatóságot – jogi diplomával rendelkező – *elnök irányítsa*. Lehet, hogy az összehasonlításom demagógnak tűnik, de akkor is vallom: ha a cégek bejegyzését, nyilvántartását és felügyeletét cégbírák és bírósági titkárok végzik, akkor ezt a követelményt az ingatlan-nyilvántartás szervezetében is alkalmaznunk kell. Az ingatlan-nyilvántartásnak a megbízhatósága, a vitás ügyekben való helyes döntés ma már legalább olyan fontos követelmény, mint a cégek adatainak pontos vezetése.

Az indoklásból kiderül, hogy véleményem szerint, a telekkönyvi hatóságnál – jogi diplomával rendelkező – *telekkönyvi bírák és telekkönyvi bírósági titkárok* hozhassanak érdemi döntést. Az ő munkájukat *telekkönyvi előadók* segítenék, akiknél a számítógépes, illetve a térképészeti (műszaki) ismeret, a TAKAROS adatbázis használata alkalmazási feltétel lenne. Amennyiben az elnök szükségesnek tartaná, *ügyintézői munkaköröket*, illetve státusokat is létesíthetne.

Mivel minden szervezeti átalakításnál legkényesebbek a személyzeti ügyek, ezért itt kell visszautalnom az FVM álláspontjára, „az 1500 dolgozó elbocsátására”.

A telekkönyvi hatóságok bíráinak létszámát az Országos Igazságszolgáltatási Tanács állapítaná meg, és a munkaköröket pályázat útján töltenék be. A jelenlegi földhivataloktól csak az onnan „áthelyezett” dolgozók bértömege kerülne át az OIT-hez, illetve az IM-hez. A földhivataloknál maradt személyi állománnyal az FVM rendelkezne, hiszen az agrárágazat irányításával, támogatásával összefüggő földügyi szakigazgatási feladatok csak növekedni fognak. Én megfontolnám a FVM megyei hivatalaival történő összevonást is, de ennek a tanulmánynak nem feladata a földhivatal *nem ingatlan-nyilvántartással foglalkozó dolgozóinak* „átszervezése”. A történeti visszatekintésnél bizonyítottuk, hogy a mindenkorinak államnak szüksége van különösen egy termőföld-nyilvántartásra. Az FVM feladatának tekintjük, hogy ezt a földhivatalok „maradványaiból” hogyan építi ki. (Lehetséges, hogy az új szervezet kapcsolódik rá a telekkönyvi hatóságokhoz került, de ugyanabban az épületben maradt TAKAROS adatbázisra.)

4. A telekkönyvi hatóságok létrehozása esetén tovább erősödne az a folyamat, amely eddig az igazságszolgáltatás színvonalának erősítését szolgálta: önálló cégbíróságok, önálló bírósági végrehajtók, önálló és független közjegyzők működése. Az önálló telekkönyvi hatóságok dolgozóira a bírósági javadal-

mazás kiterjesztése pedig eloszlathatná azt a jelenlegi közvéleményt is, hogy az alacsony jövedelmű tisztségviselők könnyebben vesztegethetők.

Az Áe. szabályainak kiiktatása elzárhatná azt az utat, amely ma elég gyakran előfordul. Magasabb beosztású államigazgatási (állami) vezetők a „szolgálati utat” veszik igénybe ügyük kedvező elintézéséhez.

A bíróságok mellett működő önálló telekkönyvi hatóságok létrehozására tett *javaslatom lényegében Jójárt László tanulmányában foglaltaknak egy továbbfejlesztett változata*. Ő ugyanis nem hozna létre önálló telekkönyvi hatóságokat, hanem a jelenlegi hatáskörök megosztásával biztosítaná a bíróság „garanciáinak megerősítését”. (Kiemelés – T. L.)⁶

5. A tanulmány végére egy kérdést hagytam: *az ingatlan-nyilvántartási jogunknak az általam javasolt átalakítása mennyibe kerülne*, és van-e rá megfelelő fedezet.

Úgy gondolom, reális az az összeg (3 milliárd Ft.), amelyet Bárándi Péter igazságügyi miniszter az egri konferencián mondott. Ezt támasztja alá Jójárt László is, aki hivatkozott munkájában az IM 1996. februári felmérése alapján 937 millió forintot jelöl meg.⁷ Figyelembe véve az eltelt 8 évet és a jelenlegi miniszter által tervezett igen jelentős béremelést, a közel háromszoros összegre valószínűleg szükség lenne.

Meggyőződésem, hogy ezt a ráfordítást az FVM-nek és az IM-nek a 2005. évi költségvetésből feltétlenül ki kell gazdálkodnia. Ha erre nincs lehetőség, EU-s támogatás iránt kell pályázniuk, *mert az ingatlan-nyilvántartásunk mai állapota nem tűr további halasztást*. Nem gondolom, hogy csak az általam felvázolt koncepció alapján lehetséges ezt az állapotot megszüntetni, de azt igen, hogy az ingatlan-nyilvántartást ki kell vonni az államigazgatási rendszerből, és önálló független hatóságokra kell bízni.

⁶ DR. JÓJÁRT LÁSZLÓ: *Az ingatlan-nyilvántartás bírósági garanciáinak megerősítéséről*. (Tanulmány. Készült a Polgári Jogi Kodifikációs Főbizottság felkérésére és az Igazságügyi Minisztérium megbízásából.) Kézirat. Bp. 2003.

⁷ JÓJÁRT LÁSZLÓ: i. m. 51. p.

LAJOS TÓTH

DAS LIEGENSCHAFTSREGISTERRECHT IN UNGARN DE LEGE
FERENDA

(Zusammenfassung)

Die Notwendigkeit der Kodifikation

Schon 1991 war es vorauszusehen, dass das sich auf der Verordnung mit Gesetzeskraft 31. vom Jahre 1972 und ihre Vollstreckungsnormen ruhende einheitliche Liegenschaftsregister früher oder später zusammenbrechen wird. Wenn man die Aufgabe der Bodenämte aus dem Aspekt der Vollstreckungsnormen der Entschädigungsgesetze betrachtet, dann konnte man schon 1992 sehen, dass man auf etwa 4.400.000 Hektar von Ackererde die Parzellenzahl der sogenannten „sozialistischen Grossbetriebsflächen“ löschen, nach der Versteigerung die neuen Landkarten fertigstellen und auf die neuerlich gestalteten Bodenflächen die neuen Eigentumsblätter fertigmachen muss.

Das Gesetz II. vom Jahre 1992 hat die Nominierung des Anteils der Mitglieder der landwirtschaftlichen Genossenschaften und der Personen und Aussenstehender von der gleichen Rechtstellung. Das Gesetz II vom Jahre 1993 hat mit der Nominierung die „Bodenausgeber- und landwirtschaftlichen Raumgestaltungskommissionen“ beauftragt, aber auch die Bodenregistrierungsarbeiten der nominierten Bodenanteile ist die Aufgabe der Bodenämte geworden. Nach den statistischen Daten von 1990 hat es mehr als 800.000 Personen und 2 Millionen Hektar Ackererde bedeutet. Die Bodenämte haben nur die Ackererden betreffend die Angelegenheiten von mehr als 2 Millionen Personen bearbeitet.

Die Privatisation der Immobilien in staatlicher Hand hat für die Bodenämte eine weitere Herausforderung bedeutet.

Über die nicht fachgemäße Registrierung der Wohnungen, der (Wohn)Grundstücke wird in den Medien regelmäßig „berichtet“. Heute wird es schon sogar über „Wohnungsmaffia“ gesprochen (geschrieben) und leider werden diese mit bestimmten Bodenämten in Zusammenhang gebracht.

Der organisatorische und Funktionszusammenbruch des Liegenschaftsregisters erfolgte 2001-2002. Gegenüber den Bodenämten hat sich eine Vertrauensverlust in unserem Land ausgebildet.

Kodifikationsanstrengungen (-arbeiten) seit der Wende

Während der Antall-Regierung kann man das Gesetz V vom Jahre 1994 nur teilweise als Kodifikation des Liegenschaftsregisters nennen.

Im Kodifikationsplan der Horn-Regierung hatte die vollkommene Neuregulierung eine vorrangige Stelle. Gleichzeitig mit dem Beginn der Kodifikationsarbeiten hat der Justizminister der Regierung – Dr. Pál Vastagh – einen grandiosen Vorschlag gehabt. Das Liegenschaftsregister soll aufgrund der Prinzipien der alten Grundbuchsordnung der Leitung des Justizministers untergeordnet werden, die Bodenämter sollen neben den Gerichten funktionierende Behörden werden.

Der Vorschlag des Ministers ist gefallen, aber durch das Parlament verabschiedete auch heute gültige Gesetz CXLI vom Jahre 1997 über das Liegenschaftsregister wurde am 17. Dezember verkündet. Das verabschiedete Gesetz über das Liegenschaftsregister ist am 1. Januar 2000 schon während der Orbán-Regierung in Kraft getreten.

Auch während der Zeit der Justizministerin war die organisatorische Umstrukturierung des Registers auf der Tagesordnung, der Gedanke, dieses neben die Gerichte zu ordnen, aber sie – aufgrund unserer Informationen – hat es nicht als zeitgemäß betrachtet. Genauer – sehr gescheit – hat sie es mit der Kodifikation des Bürgerlichen Gesetzbuches zusammengebunden.

Die das Liegenschaftsregister und seine Organisation vernachlässigte Politik ist Ende 2002, im Frühling 2003 in einem landesweiten Skandal ausgebrochen. April 2003 wurden mehrere hauptstädtische Bezirkssachbearbeiter verhaftet und später wurden weitere mehr als 10 Bodenamtbeamten aus der Hauptstadt verhaftet.

Die Medgyessy-Regierung hat die Unhaltbarkeit des jetzigen Liegenschaftsregisters erkannt und hat einen Regierungsbeschluss verabschiedet. Das Wesentliche dieses ist, dass das die Bodenämter seit Jahrzehnten leitende Ministerium für Landwirtschaft und Justizministerium, das für die Fertigstellung der Gesetzentwürfe und deren fachliches Niveau zuständig ist, sollen zusammen eine sich auf einem Konsens ruhende Regelungskonzeption ausarbeiten und ein einheitlicher Vorschlag soll vor die Regierung gelegt werden.

Der jetzige Stand der Kodifikation

Mit der aufgrund des Regierungsbeschlusses geformten Stellungnahme ist als erstes das Ministerium für Landwirtschaft vor die Öffentlichkeit getreten.

Das Ministerium für Landwirtschaft ist mit keiner organisatorischen Umstrukturierung einverstanden und besteht weiterhin auf die Leitung und Aufsicht des Liegenschaftsregisters.

Das Justizministerium würde die Leitung des Liegenschaftsregisters nur in dem Fall übernehmen, wenn die bei den neuen Behörden angestellten Sachentscheidungstreffer über einen Juradiplom verfügen und würden ein Gehalt erhalten, das das gleiche Niveau hat, wie die Richter.

Eine Konzeption zur Kodifikation unseres Liegenschaftsregisterrechts

Im Einklang mit der Kodifikation des Bürgerlichen Gesetzbuches (Ptk.), sollte man einen selbständigen Gesetzentwurf über die „neben der Gerichte funktionierenden Grundbuchsbehörden“ – das Ausserkraftsetzung aller Rechtsnormen im Zusammenhang der Bodenämte vorschlagend – ausarbeiten.

Man soll das Liegenschaftsregister aus dem Kreis der Staatsverwaltung ziehen und soll das in die selbständige Behördentätigkeit einordnen.

Bei den Grundbuchsbehörden – mit Juradiplom – könnten Grundbuchsrichter und Grundbuchsgerichtssekretäre Sachentscheidungen treffen.

Die heutige Situation unseres Liegenschaftsregisters kann keinen weiteren Verschub dulden.

VERES JÓZSEF

Közreműködés tárgyú jogviszony – tagsági viszony

„A locatio conductio gyűjtőfogalmat jelent, amelynek keretében igen sokféle életviszony nyert jogi szabályozást”¹

(Molnár Imre)

Molnár professzor munkássága előtti főhajtás jó apropó arra, hogy az általa több mint két évtizede elemzett szerződési csoport (a locatio conductio rei, operis et operarum), valamint a személyi társulásként működő jogi személy (a szövetkezet) és tagja közötti közreműködési komplex kapcsolat hasonlóságából és ellentmondásából lehessen kiindulni. Teszem ezt akkor is, ha tudom: a római jogi bérleti jogviszonyszemlélet a jelzett jogviszony lényegének helyes megismerését ma már nem mozdítaná elő, sőt azt hátráltatná. Sommásan: „Éppen ezért a római jog szóban lévő szemléletét a modern jogok elejtették.”² A hasonlóság és ellentmondás azonban maradt.

Az idők folyamán a locatio conductio jogintézményei különböző jogterületek hatalma alá kerültek (munkajog, polgári jog), bár elméleti összefüggéseik és jogi rendezésük problémái ma is élnek. Pl. a „Munkajogi előadások” c. egyetemi jegyzetben a szerző szellemesen közelíti meg és mutatja be az emberi munkavégzés „jogi ruháinak” kollekcióját. „A kollekció, azaz a munkát végző helyzete a jogban alapvetően kétféle lehet: önálló vagy alárendelt, másképpen autonóm vagy heteronom, s a jogterületi besorolás alapja legalábbis döntő részben ez lesz: az autonómok viszonyai a polgári jogba, míg a heteronomoké nem oda tartoznak.” Más megközelítésben az emberi munka értékesülési viszonyainak (kollekciójának) összefüggésében foglalkozási és foglalkoztatási viszo-

¹ MOLNÁR IMRE: Fejezetek a klasszikus kori locatio conductio köréből. *Acta Jur. et Pol.* Tomus XXIX. Fasc. 2. (1982.) 1–96. p.

² VINCENTI GUSZTÁV: *A munka magánjogi szabályai*. Grill. Bp. 1942. 7.p.

nyokról beszél attól függően, hogy autonóm vagy heteronóm pozícióról van-e szó.³ A kép plasztikus és világos.

A téma szempontjából talán a differenciálással van némi problémám. A szerző ugyan különbséget tesz jogi munkavégzési helyzetek és munkavégzési tárgyú jogviszonyok között – nagyon helyesen; ugyanakkor a munkavégzési tárgyú jogviszonyok rendszerében nevesíti a különböző kategóriájú munkaviszonyt, a vállalkozási jogviszonyt, a megbízási jogviszonyt, a gazdasági társaságban tagi minőségben való munkavégzést (mellékszolgáltatást). Megjegyzem, ide tartozik még a szövetkezeti tag munkavégzést jelentő személyes közreműködése is. A munkavégzési jogi helyzetek – nézetem szerint – azonban nem szinonim fogalom a munkavégzési tárgyú jogviszonyokkal; gondolok pl. a családjogi jogviszonyokra. Ettől függetlenül a munkavégzési tárgyú jogviszonyok gyűjtőfogalmának elméleti összegezése elősegítette a közreműködés jogi fogalmával kapcsolatos elemzést. A közreműködés ugyanis a személyi társulásoknál pontosan olyan heterogén elemekből összegyűrt fogalom, mint a munkavégzési tárgyú jogviszony. Azzal a különbözőséggel, hogy közreműködés címmel egy jogviszony keretében (a tagsági jogviszonyban) a két alany (szövetkezet és tagja) között jöhetnek létre autonóm jogi helyzetek. A személyi társulásként aposztrofált szövetkezetben a történelem során sokszor módosult a közreműködés fogalma, annak jogi szabályozása, és még jelenleg is léteznek jogalkotási, jogalkalmazási fehér foltok. Ebben a rövid tanulmányban ezeket szeretném feltérképezni, sorba véve a változás szakaszait is.

I. A közreműködés változó értelmezése

I. A XVIII. század végén, a XIX. század elején jelent meg az a gondolat, hogy „amíg a részvénytársaságban a tőkések egyesülnek nyereségvágyuk kielégítésére, addig a szövetkezetekben az egyenkénti küzdelemre gyenge, izoláltan álló erők egyesülnek” egymás segítésére és védelmére.⁴ Másképpen fogalmazva, „a szövetkezet az egyszerű, tiszta cseregazdaság egy magasabb rendű képződménye”, amelyben több személy egyesül avégett, hogy valamely szükséglete kielégítését közös erővel tegye lehetővé.⁵ Ezeknek a gondolatoknak a törvényi keretét az 1875:XXXVII. tc. adta meg. A személyi jelleget pedig a kereskedelmi törvénnyel szemben, amelyik az alapszabályra bízta pl. a tagok szavazati jogainak mikéntjét, a gazdasági és ipari hitelszövetkezetekről szóló 1898:XXIII. tc. 26. §-a domborította ki, kimondván: bizonyos feltételek mellett a közgyűlésen minden tagnak egy szavazata van.

³ ÚJVÁRI JÓZSEF: *Munkajogi előadások*. Kéziratot jegyzet. SzTE ÁJK Könyvtár 2000.

⁴ GALOVITS ZOLTÁN: *A magyar szövetkezeti jog*. Grill Károly Cs. És Kir. Udvari Könyvkereskedése Bp. 1901. 1–270. p.

⁵ DÁNIEL ARNOLD: *Föld és társadalom*. Athéneum Rt. Bp. 1911. 176. p.

2. A következő ötven esztendőben, különösen az 1920–1930-as években két ellentétes szemlélet ütközött össze. Az egyik kétségbe vonta, hogy a szövetkezetek kereskedelmi társaságok, tartva attól, az egy törvényben nyert jogi rendezés a szövetkezeteket túlságosan „elkalmárosítja”. A másik azt vallotta: a szövetkezetek és a többi kereskedelmi társaságok egymást kiegészítik. E szemlélet képviselői úgy vélték, hogy azok a lényeges tulajdonságok, amelyek a szövetkezetek célját és szerkezetét a többi kereskedelmi társaságtól megkülönböztetik, elég erősek ahhoz, hogy elejét vegyék a szövetkezetek „minden elfoglalásának”. Ugyanakkor az együjtőszabályozás egyik híve a Kuncz Ödön féle törvénytervezettel kapcsolatban 1928-ban a szövetkezet-fogalom meghatározásának elemzésénél kategórikusan hangsúlyozta: az a megfogalmazás, mely szerint a szövetkezet „tagjai a társaság céljához a vagyoni szolgáltatásokon kívül a vállalatban való közreműködéssel vagy annak igénybevitelével is hozzájárulnak;” „ezen körülírás” – ahogyan kifejti – a szövetkezeteknek egyik leglényegesebb ismervét foglalja magában”, miért is nemcsak helyénvaló, hanem szükséges, hogy ez a magyar szövetkezet fogalom meghatározásába felvétessék, „s mi nagyon örülnénk, hogy ha ez a magyar törvényben történnék meg először.”⁶

Mintegy összefoglalóként Kuncz Ödön 1930-ban megtartott előadásában fogalmazta meg a mai modern időben is létező félreérthetőség esszenciáját, vagyis: „a szövetkezet és a részvénytársaság közötti legmeghatározóbb gazdasági és jogi különbség éppen abban áll, hogy amíg a részvényes kötelezettsége és hozzájárulása teljesen kimerül a tőkeszolgáltatásban, addig a szövetkezeti tag legfontosabb kötelessége nem a betétszolgáltatás (az üzletrész-befizetés), hanem a vállalatban való személyes és aktív közreműködés”; és most következik a félreértésre oly alkalmas kitétel, nevezetesen: „így a nyereségfelosztásnál ennek a közreműködésnek honorálásáról kell elsősorban gondoskodni”. Ezt a javaslatát viszont nem jegyeztük meg: ugyanakkor e gondoskodásra sokkal inkább alkalmas a szövetkezet sajátos viszonyával számoló alapszabály, mint a valamennyi szövetkezetre egyaránt kiterjedő törvényi szabályozás.⁷

Csak érdekességként említem, még 1940-ben is felszínre került a szövetkezeti jog reformja, amikor is ismételten leszögezték: a részvénytársaság nyereségre alakul a szövetkezet pedig altruista vállalkozási forma. „Az előbbinél a tőkén, az utóbbinál a tagok közreműködésen van a hangsúly”. Ugyanakkor újból jelezték: „A szövetkezet igen nagy részben szociálpolitikai jellegű intézmény is.”⁸ (Lásd a mai szociális gazdaságokra vonatkozó igényt.)

⁶ DÖMÖTÖR LÁSZLÓ: *Jogvélemény a Kuncz-féle törvénytervezet szövetkezeti részéről*. A szerző ezt a jogvéleményt a „Hangya” megbízásából szerkesztette és ezt a „Hangya” terjesztette fel a kormányhoz. Stephaneum Nyomda és Könyvkiadó R.T. Bp. 1928. 3. p.

⁷ KUNCZ ÖDÖN: *A szövetkezeti jognak időszzerű kérdései*. Centrum Kiadó Vállalat Rt. Bp. 1930. 1–22. p.

⁸ Szemle, Antal István igazságügyi államtitkár képviselőházi Beszédéből. *Gazdasági Jog*, 1940. 1. sz. 33. p.

A szövetkezeti tagok közreműködésének fogalmi lényegét a korabeli tanulmányok jól összefoglalták. A személyi és vagyoni közreműködés gyűjtőfogalmaként megjelenő tagi közreműködés mégis elsősorban a személyes momentumot fejezi ki. Mindegy, hogy produktív, biztosító vagy disztributív (klasszikus) fajta-csoportosításról van e szó, mindegyik szövetkezeti fajtánál alapvető tétel: az egyén szükségleteinek kielégítése „az önvédelem, az önfenntartás és az önszegély”. Más megközelítésben: a közreműködés kifejezi a szövetkezet és tagja közötti kapcsolatot is, amelyben tehát domináns elem a személy, még akkor is, ha pl. hitelszövetkezet az egyik alany, mivel annak feladata: „tagjai gazdasági jólétének előmozdítása”, hitelszükségleteinek kedvező feltételek melletti kielégítése.⁹

Az azonban elgondolkodtató, vajon maga a közreműködés szóhasználata nem vezetett-e tévútra abban az időben, amikor a tagsági jogviszony tartalmában megjelent a rendszeres munkavégzés kötelezettsége, s így a sokjelentésű fogalom¹⁰ – amely kezdetben a szövetkezés eszmeiségét és sajátosságát volt hivatva hangsúlyozni – nem vált-e szűklátókörű praticista kifejezéssé, amelyet jól lehetett (lehet) különbözőképpen értelmezni és variálni – de erre a kérdésre még vissza kell térnem.

3. Nem többszöri, hanem sokszori nekifutás után végre megszületett a valóban általános és átfogó szövetkezeti törvény (1947:XI. tc.). A magyar Jogászegylet 1947 szeptemberében és októberében ankéton dolgozta fel a törvényt. Kuncz Ödön „Az új szövetkezeti jog alapelvei” címmel tartott előadást, amelyben valamennyi szövetkezeti fajtában megtalálható közös vonásokat négy pontban foglalta össze. Ezekből – a téma szempontjából – kettőt kell kiemelnem: mindenekelőtt a közös részvétel gondolatát, „amely gyakorlatilag abban nyilvánul meg, hogy a tagok közreműködnek a vállalatban vagy legalábbis igénybe veszik azt.” Illetőleg a másik gondolatot, melynek lényege: „A munkának és az embernek előtérbe állítása a tőke és a haszon rovására.”¹¹

Meggyőződésem, az első általános és átfogó szövetkezeti törvény a fogalomalkotásban és a tagok köteletségének törvényi jelzésében ma is pontos és korszerű. Nevezetesen: a tagok személyes közreműködésükkel, vagy a szövetkezet igénybevételével, valamint vagyoni szolgáltatással vesznek részt a társaságban (itt még a szövetkezet *sui generis* társaság), továbbá „a szövetkezeti tag a szövetkezetbe való belépéssel különösen arra kötelezi magát, hogy a szövetkezet munkájában a szövetkezet tárgyához képest termeléssel,

⁹ GALOVITS: i. m. 45. p.

¹⁰ A közreműködés asszisztenciát, segédletet, részvételt, segítséget, segédkezést, elősegítést, kooperációt, együttműködést, támogatást, gyámolítást, összmunkát, összjátékot jelent. Magyar Szóinkcstár. Tinta Könyvkiadó. Bp. 2001. 497. p.

¹¹ KUNCZ ÖDÖN: *Az új szövetkezeti jog alapelvei*. Magyar Jogászegylet 1948. évf. 1–2. szám 33–43. p.

értékesítéssel,
fogyasztással
vagy egyéb tevékenységgel
rész vesz, a jegyzett üzletrész névértékét befizeti,...¹²

Vajon lehetséges-e ennél jobban megfogalmazni, körülírni a személyes közreműködés lényegét, a személyre vonatkozó motivációkat anélkül, hogy a különböző jogterületek és azok jogi szabályozásának harmonizálásáról vagy konfliktushelyzetéről, a félreértésekről, szűk gyakorlati prakticismusról akár csak egy gondolat is felvillanna. A lényegét csak az emberek tudják gondatlanul vagy szándékosan (gyanítom, itt játszik be a politika) összekuszálni. (Ez majd 1949 után következik be.)

A legpatetikusabb, egyben legtalálóbb megközelítés az új törvénnyel kapcsolatos ankéton hangzott el: „A kölcsönösség egy speciális szövetkezeti fogalom, amelynek tartalmát szavakba fogalmazni igen nehéz volna. Jelenti – talán – annak alapvető elvnek gyakorlati alkalmazását, hogy: mindenki egyért s egy mindenkiért; jelenti a szövetkezeti tagnak azt a tudatos közreműködését a szövetkezet munkájában, hogy ezen keresztül nemcsak egyéni érdekeit, hanem a közösség érdekeit is szolgálja; jelenti azt, ami különös ízt és zamatot ad a szövetkezetnek; jelenti azt, ami a szövetkezetet szövetkezetté teszi”.¹³ A szép szavak elszálltak. Az elkésett s már-már halva született modern, európai szintű törvény romjai maguk alá temették a klasszikus szövetkezeti intézményeket is. Egy gyökeresen új koncepció viszont a szövetkezetet is már csak eszközként használta fel az új szellem születéséhez, az új tulajdonosi használati viszonyok kiépítéséhez.

4. A tagsági közreműködés további (1949–1989), negyvenéves szabályozásának alapkérdései rendkívül leegyszerűsödtek; a szövetkezeti tag vállalkozói pozíciója elsatnyult, a közreműködésből előbb alárendeltséget jelentő munkaviszony, később megfoghatatlan „tulajdonosi, munkavállalói” viszony lett. A szövetkezeti tag olyan formális tulajdonossá vált, aki az általa létrehozott jogi személy megszűnése esetén sem juthatott a saját tulajdonosi részéhez. Az oszthatatlan tulajdonból pedig oszthatatlan tulajdon lett. (Mindezeknek a „fejleményeknek” a részletes elemzése – nézetem szerint – külön téma.) Azt azonban el kell ismerni, ez a korszak nem volt egységes; a magyar változás (fejlődés) azért pozitív előjelű sinus görbe mozgást végzett. A kezdeti sötét szakaszt követően előbb egy liberális folyamatnak lehetünk tanúi (1968), majd retrográd mozgás következett be, végül, az 1980-as évektől ismét erősödött a szövetkezeti jelleg, a tag tulajdonosi pozíciója, így ismét bővült a tagi közre-

¹² Az 1947:XI.tv. 1. és 26. §-a.

¹³ FÜLÖP KÁLMÁN: A szövetkezeti törvény néhány vitás kérdése. *Jogászegyleti Szemle*. Magyar Jogászegylet 1948. évf. 1–2.sz. 105. p.

működés köre, felerősödtek a belső vállalkozások. A munkajogi szabályok azonban rátelepedtek a belső (tagsági) viszonyra.

A jogi szabályozás szempontjából ekkor jegyeztem meg: „Szemérmesek is vagyunk, a belső vállalkozásokat, a munkaidőn és munkakörön kívül végzett munkát, az átalánymunkát, a részes munkavállalást, a részesművelést, a háziipari munkát, a belső gazdasági munkaközösségi munkát a munkajog által varrott meglehetősen bő köntösbe öltöztetjük a szalonképesség kedvéért. A gyakorlat az ilyen erőlködésre, a konok, ma már konzervatívnak mondható szabályozásra rácafol; lépten-nyomon grimaszt vág, amelyik nem egyéb, mint a szükség és a jámbor óhaj közötti tétovázás okozta kínos mosoly.”¹⁴

Ezek a gondolatok az 1980-as évek közepén születtek és nemcsak a mezőgazdasági szférára vonatkoztak, hanem – ahogyan akkor említettem – „a kereskedelemben és a szolgáltatásban is tovább lehetne bővíteni a tagsági vállalkozást, ki lehetne iktatni a nagyobb megkötöttséget tartalmazó munkajogi szabályozást. Bizonyos, hogy az állampolgári és az szövetkezeti tulajdon összekapcsolására, a tevékenység eredményességére, a munka intenzitására pozitív hatna a szövetkezeti tag anyagi- és munkaerejének együtt jelentkezése”.¹⁵

II. A közreműködés szabályozása a hatályos törvényekben

1. A közreműködés értelmezésének vitája a rendszerváltozást követő jogszabályalkotások során is tovább élt. Tudvalévő, a szövetkezeti jogi és a munkajogi törvény ugyanazon évben (1992-ben) született, s az előkészületek során a tárgyi hatályról vita alakult ki. A klasszikus tagi közreműködés, más előjelben ugyan, de ismét a munkavégzés szabályai hogyanjának kérdésében csúcsosodott ki.

Elgondolkodtató, vajon mind a mai napig miért nem vizsgálták meg, behatóbban miért nem szabályozták egyértelműen a „személyes közreműködés” fogalmát és intézményét. A szakirodalomban a figyelemre méltó tanulmányok is elsősorban a személyes közreműködés munkavégzési megnyilvánulásait és kategóriáit taglalták, de az összefüggéseket nem tárták fel. Igaz, már 1993-ban olvasható volt olyan jelzés, mely szerint az 1992. évi I. tv. (Sztv.) szabályozása kicsit sommás, mert az átmeneti esetekre nincs tekintettel? Ezen túlmenően a tagi munkaviszony általános, más társaságokra is kiható rendezése viszont kimaradt, ugyanis az 1992. évi XXII. tv. (Mt.) a tagi munkaviszonyról sehol sem beszél. Ezt követően a szerző „a tagok munka jellegű személyes közreműködéséről” szól.¹⁶

¹⁴ VERES JÓZSEF: *A szövetkezeti jogi alapintézmények de lege lata és de lege ferenda*. MJSz. Kiadványa Bp. 1985. 60. p.

¹⁵ VERES JÓZSEF: *Gondolatok a szövetkezeti jogi szabályozásról. Szövetkezeti Ipar*, XXII. évfolyam 1985. 3. sz. 8. p.

¹⁶ PRUGBERGER TAMÁS: *Vállalkozási és megbízás jellegű munkaviszonyok. Jogtudományi Közlöny*. 1993. 11–12. sz. 422–429. p.

1996-ban a szerző ismét visszatért a személyes közreműködés kérdésére. Az ugyan merész (legalábbis félreérthető) állítás volt, hogy a tagok kötelezettségei között szerepel: „a szövetkezet vagyonának védelme és szükség esetén személyes közreműködéssel történő gyarapítása”. A tag alapvető kötelezettségei között ugyanis ilyen kitétel nem szerepel (46. §), de ezzel a megállapítással egyet lehet érteni, nevezetesen: „szerencsésebb lenne a személyes közreműködés tekintetében arra utalni, hogy az a szövetkezet és a tag kölcsönös megegyezése útján jön létre”.¹⁷

Furcsa módon, hivatalból csak az Szvt. megjelenését követő negyedik évben kezdenek aggályoskodni a személyes közreműködés értelmezéséről, annak ellenére, hogy a gazdasági társaságokról szóló 1988. évi VI. tv. 167. § (1) bekezdése szerint a kft tagjai törzsbetétjük szolgáltatásán kívül egyéb vagyoni értékű szolgáltatás (mellékszolgáltatás) teljesítésére is vállalhatnak kötelezettséget. 1991-ben pedig (az Szvt-ét megelőző évben) a módosító tv. (1991:LXV. tv.) 22. §-a pontosan megfogalmazta a következőket: „A társasági szerződésnek tartalmaznia kell, hogy a tag a társaság részére szolgáltatott személyes közreműködést milyen jogviszony alapján (pl. munkaviszony, megbízási jogviszony) teljesíti, vagy mellékszolgáltatásként végzi, továbbá ezek ellenértékéről is rendelkezni kell.” A mellékszolgáltatásért (megj.: tehát a valós személyi közreműködés egyik formáját) „a tagot külön díjazás illeti meg, ezt a társaság mérlegében a társaság tartozásai között kell feltüntetni.”

A ma hatályos gazdasági társasági törvény (1997. évi CXLV. tv.) még világosabban és összefogottabban fogalmaz: „... A tagok általi – nem választott tisztségviselőként – személyes közreműködés is mellékszolgáltatásnak minősülhet, ha nem munkaviszonyon alapul. A mellékszolgáltatás teljesítésének feltételeit a társasági szerződésben kell szabályozni.” [131. § (1) bek.] Természetesen a mellékszolgáltatásért a tagot külön díjazás illeti meg.

E kitérő után visszatérnék a szabályozás következő szakaszára. Az új szövetkezeti törvény koncepciójáról szóló igazságügy-miniszteri előterjesztés 1996. év márciusi tervezetében olyan álláspont olvasható, amely szerint az új törvényben szét kell választani a tag tagsági jogviszonyához kapcsolódó személyes közreműködését a társasággal kötött azon szerződéseken alapuló tevékenységtől, amelyben a tag valóban munkavállalóként, illetőleg a társasággal mellérendelt viszonyban álló kívülálló személyként viselkedik. Folytatva, a személyes közreműködés törvényi preferálását az adózott eredmény felosztása során ehhez képest a jelenleginél (Szvt.) szűkebb körben indokolt fenntartani. Egyértelművé kell tenni, hogy az adózott eredményből való részesedés vonatkozásában a személyes közreműködésnek, illetve a személyes közreműködés előnyben részesítésének a vagyoni hozzájáruláshoz képest csak akkor lehet jogi jelentő-

¹⁷ PRUGBERGER TAMÁS: A magyar szövetkezeti jogi szabályozás alakulása, mai helyzete és megújításának kérdései. *Magyar Jog*, 1996. 2. sz. 82–90. p.

séget tulajdonítani, ha tag más jogcímen szolgáltatása ellentételezésére nem tarthat igényt (26. p.).

Mielőtt belebonyolódnék a két törvény (Gt, Sztv.) szövegének összehasonlító elemzésébe, s miután a személyes közreműködés és a munkaviszony összefüggéseivel kapcsolatos végzetesen téves értelmezést már szóvá tettem (az átfedéseket így sem tudtam kikerülni), s különben is most elsősorban a fogalom tisztázására szeretnék törekedni, lezárnám az örökzöldnek tűnő vitát egy kérdésomagra adható reflexióval.¹⁸

1996 áprilisában ismét készült egy újabb szövetkezeti törvény szabályozási koncepció. Ez a tervezet a következő kérdésekre keresett választ:

- „indokolt-e a tag „alapvető kötelezettsége” keretében szabályozni a személyes közreműködést;
- helyes-e a személyes közreműködés fogalmát munkavégzésre irányuló jogviszonyként definiálni, szűkíteni;
- méltányos-e hogy a szövetkezet számára munkát végző tag tagsági és munkaviszony jellegű jogviszonyának léte kölcsönösen függ(het) a másik jogviszonytól?” (45. p.)

2. Lakonikusan rövid válaszok: nem indokolt, nem helyes, nem méltányos. Az autentikus választ a hosszú vajúdas után megszületett „új szövetkezetekről” szóló 2000:CILI. tv.-től is várni lehetett, de sem a közreműködést nem tette gazdagabbá, teljesebbé, sem a személyes közreműködést egyértelműbbé. Ezzel szemben bevezette a régi/új gazdasági együttműködés kategóriáját, s változatlanul homályba hagyta a személyes közreműködés fogalmát.

Már említettem, az együttműködés és a közreműködés a magyar nyelvben szinonim fogalomnak tűnik, bár a gyakorlati szóhasználat során az együttműködés a két önálló, egyenrangú felek közötti kapcsolatot, míg a közreműködés az egyik fél dominánsabb pozícióját teszi hangsúlyosabbá.

Adott esetben a törvényalkotó elsősorban a mellérendeltséget sugalló együttműködést kívánta hangsúlyozni, szemben a közreműködő „gyengébb fél” rászorultsági pozíciójával. Erre utal az a tétel is, mely szerint a szövetkezet üzletszerű gazdasági tevékenységéből származó, adózás utáni eredményét a közgyűlés döntése után a tagokkal folytatott gazdasági együttműködésének arányában kell szétosztani [58. § (2) bek.]. Emellett azonban figyelembe kell venni a „személyes közreműködés költségeit is (gondolom); de mi van pl. a pénzintézeti, a fogasztási stb. szövetkezetekkel.

Változatlanul dodonai szövegnek érzem, hogy a szövetkezeti tag személyes közreműködéssel, illetve egyéb vagyoni értékű szolgáltatás teljesítésével vesz részt a szövetkezet üzletszerű gazdasági tevékenységében [52. § 2) pont]. Azt viszont már tényleg nem értem, vajon a szövetkezeti alapszabály a személyes

¹⁸ VERES JÓZSEF: A mezőgazdasági munka jogi szabályozása. *Acta Jur. et Pol.* Tomus XLIX. Fasc. 48. 709–718. p.

közreműködés „egyéb módjaként” munkavégzési kötelezettséget is előírhat [59. § (1) bek.]. Nem arról van itt szó, a törvény lehetővé teszi az alapszabály számára, hogy a tagsági viszony tartalmi elemeként kezelje a munkavégzést; csak-hogy a másik oldalon (a szövetkezetnél) is jelezni kell a foglalkoztatási kötelezettséget.

Kérdéses az is, ha a szövetkezet alapszabálya – ahogyan említettem már – személyes közreműködés egyéb módjaként munkavégzési kötelezettséget is előír, miért szükséges megjegyezni: „Ha a tag a szövetkezet részére munkát végez, a szövetkezet a taggal munkaszerződést köt” [59. § (2) bek.].

A félreérthető és félreértett hagyományok tovább élnek. A hosszadalmas fejtegetés helyett legyen szabad példával megvilágítani a félreérthető/félreértett hagyomány lényegét: ha én egy takarékszövetkezeti tag vagyok és a szövetkezetben munkát szeretnék végezni – a szövetkezeti fajta jellegéből adódóan – a munkavégzésem joga (kötelezettsége) a tagsági viszony tartalmában nem szerepel, így logikus az egymás mellett megjelenő két önálló (munka- és tagsági) jogviszony. Az már általában fölösleges, de elképzelhető komplikációt jelenthet, ha az egyik jogviszonyt (munkajogit), függő jogviszonyként kezelem, s létét a tagsági jogviszonyhoz kötöm.

Ezzel szemben pl. a közösen gazdálkodó szövetkezet tagsági jogviszonyának tartalmába nemcsak belefér, de bele is illik a tag munkavégzési joga és kötelezettsége, amelyet az alapszabályban deklarálni lehet; ezért abban nem az elvont „személyes közreműködés” manifesztálódik, hanem csak a tagsági jogviszony tartalmában nevesített munkavégzés.

Ezt a nevesített munkavégzést lehet konkretizálni egy megállapodásban (ha valakinek ez tetszik), szerződésben, amiben természetesen megjelenik a szövetkezet nevesített jogai és kötelezettségei is. Így állhat elő a következő helyzet: a szövetkezeti tag munkavégzését rögzítő és taglaló megállapodás (szerződés) a tagsági viszonyhoz képest hamarabb is megszűnhet, de nem, élheti túl – mint jogviszony tartalom – az alapjogviszonyt.

Az elmondottakhoz kapcsolódóan már a nonszensz szintjét közelíti meg a következő tétel: „A szövetkezeti tag tagsági viszonyának vagy munkaviszonyának megszűnése a másik jogviszonyra nincs kihatással” [59. § (2) bek.]. Az természetesen igaz, a tag tagsági viszonya független a szövetkezetével létesített munka-, vállalkozási, megbízási stb. jogviszonyától. Azt azonban kimondani, hogy a két jogviszony egymásra nincs kihatással, még ha csak a megszűnést is jelzem, a szerződő felek jogainak csorbítását jelenti. A két vagy több jogviszony egymásmellettségét függetlenségük jelenti; a hatások már a szerződő felek szubjektív megítélésében nyilvánulhatnak meg.

A második szövetkezeti törvény a gazdasági együttműködés érdekében szükségesnek tartotta, hogy a teljesítendő feladatokat, vállalásokat, valamint az igénybevett szolgáltatásokat – az alapszabály keretei között – tagsági megállapodás (nem szerződés?) szabályozza [57. § (3) bek.]. Ebben a relációban is meg

lehetne kérdezni: vajon itt miért nem jeleníti meg a törvény a független, párhuzamos jogviszonyok szimbiózisának lehetőségét?

A tétel levezetése most is kézenfekvő. A személyes közreműködés elvi keretében itt már in concreto a szövetkezet és a tag gazdasága közötti együttműködés a vállalkozási kapcsolatban (operis) jelenik meg, amelyet valóban nem lehet sem az általános tagsági viszony tartalmában, sem csak az alapszabályi tartalomban kifejezni.

Ez a belső megoldás is – hasonlóan a munka-megállapodáshoz – konkretizált tagsági viszony-tartalom, nem sui generis vállalkozási jogviszony (de egyenlő értékű, vagy talán színesebb is), ami szintén egyes szövetkezeti fajtáknak (modelleknek pl. termékértékesítő, „termékpályás stb.”) kitűnően megfelelnek. Csak érdekességként említem, itt is két típusú vállalkozói jogviszony létezhet paralel (egy tagi, egy állampolgári), de ennek mi értelme lenne, különösen akkor, ha a tagi pozíció jobb kondíciót biztosít, mint a piaci mozgástól függő kapcsolat; és ezzel a módszerrel sorba lehet venni, „aprópénzre” lehet váltani a személyes közreműködés összes megnyilvánulási formáját.

A két hatályos szövetkezeti törvény nemhogy a közreműködési jogosultságokat és kötelezettségeket nem tudta összehangoltabbá tenni, hanem a szövetkezetek zavartalan működését, fejlődését elősegítő alapvető rendelkezéseket is úgy össze tudta kuszálni, hogy abban az ellentmondó jogi szabályozás tárgya, a jogi személyiséggel rendelkező személyi társulás (magyarul: a szövetkezet is) kárvallottá vált. Ezt a csorbát az új szövetkezetekről szóló 2000. évi CXLI. tv. módosítását kimondó 2003. évi CV. tv. sem tudta/tudja kiküszöbölni, de bízom a törvényi ígéletben és 2005. év végéig „törvényt kell alkotni az egységes szövetkezeti szabályozás érdekében” [3. § (2) bek.].

III. A közreműködés tárgyú jogviszony de lege ferenda

1. A második hatályos szövetkezeti törvény megjelenését követően két év elteltével, 2002-ben az Országos Szövetkezeti Tanács megbízásából ismét készült szövetkezeti törvénytervezet (Szép György által fémjelezve). Azóta is folynak a viták mind koncepcionális, mind strukturális szempontból.

Görcsösnek tűnik a szövetkezet fogalmában megjelenő „személyes közreműködés és vagyoni hozzájárulás” szóhasználatához való ragaszkodás. Ismét visszatekintve a szövetkezetek törvényi rendezéséhez, valamit észre kell vennünk. 1947-ben az akkori társadalmi és politikai közegben hangsúlyozni kellett a kisgazdasági egyedek létét, az egyéni és a közös gazdaság összehangolt érdekeit. Ezek alapja: a kisgazdaságok és szövetkezetek együttműködése, a vagyoni szolgáltatás, a személyes közreműködés.

Huszonnégy év elteltével az engedélyezett lélegzetvétel kifejezéseként jelent meg 1971-ben ismét a dolgozói és tulajdonosi kettős pozíciót sejtető személyes és vagyoni közreműködés hangsúlyos deklarációja. Ez így jó lett volna, ha a

„közösség” nem a szervezetzeti (csoport) oszthatatlan tulajdon alapján működő jogi személy.

Most már „csak” huszonegy évre volt szükség, s megszületett az új szellemű törvény (1992), de fogalmában nem tudott elszakadni a személyes közreműködés és vagyoni hozzájárulás sztereotípiájától, természetesen az alap már az osztható magántulajdonra épülő, a tagok érdekeit szolgáló vállalkozási és más tevékenységet folytató jogi személyként működő „közösség”. (Ettől a rossz remimeszcenciákat ébresztő kifejezéstől nem tudtunk elszakadni.)

Majd ismét nyolc évnek kellett elteltie a ló másik oldalára való áteséshez, amikor is 2000-ben a fogalom sterilizálása túl egyoldalúvá tette a jogi személyiségű „gazdálkodó szervezetet”, csak a tagok gazdálkodására és szükségleteik kielégítésére koncentrálna.

Kiteintve az EU tagállamainak törvényi szabályozásaira, látnunk kell, hogy a szervezetzet fogalmában a közreműködés nem, vagy csak elvétve szerepel. A jogosultságok és kötelezettségek említésénél már jelentkezik az együttműködés, közreműködés – mint lehetőség. Számomra legkifejezőbb a svéd törvényi megfogalmazás. E szerint a szervezetzetnek gondoskodnia kell a tagok gazdasági érdekeinek érvényesítéséről, ezt kell szolgálnia annak a gazdasági tevékenységnek, amelyben a tagok is részt vesznek. Vagy pl. az osztrák álláspont szerint a szervezetzet tevékenysége elsősorban tagjai foglalkoztatásának ösztönzésére, illetve a tagok gazdasági érdekeinek védelmére irányulnak. Talán még egy hivatkozás: a német szervezetzeti törvény szerint a szervezetzet célja, hogy a tagok közös tevékenységével segítse elő a tagok gazdasági érdekeinek érvényesítését, vagy tegye hatékonyabbá a tagok tevékenységét.

Lehetne tovább sorolni a különböző szóhasználatú, de lényegét tekintve megközelítően azonos igényeket, követelményeket. Nézetem szerint az új szervezetzeti törvény fogalmának azt a kapcsolatot kell kifejezni, amelynek alapja – szemben a tőketársulással – a domináns helyet elfoglaló személyi társulás. E tekintetben már többször hivatkoztam Nizsalovszky akadémikusra. Most megismétlem: a szervezetzetek a társaságok sorában „az egyetlen kollektívisztikusan szervezett személyegyesülés”.¹⁹ Sajnos a társaságok köréből kiestek a szervezetzetek; azóta sem találták meg helyüket, így a „közösség” és a „gazdálkodó szervezet” címszó alatt bolyonganak a törvényi rendezés útvesztőjében, de a szervezetzetek jogi minősítése valóban külön téma.²⁰

Abban az esetben, ha a hagyományokat tiszteletbe tartjuk, és az összes kritériumot megpróbáljuk összegyűjteni; a következőket lehet mondani: a szervezetzet az autonómia és az önsegély elve alapján jogi személyként működő, változó létszámú- és tőkéjű személyi és gazdasági társulás, amely önkéntesen létrehozott és demokratikusan irányított, a tagok vagyoni hozzájárulására és köz-

¹⁹ NIZSALOVSZKY ENDRE: A szervezetzet szervei. *Jogászegyleti Szemle*, 1948. évf. 1–2.sz. 63.

p.

²⁰ VERES JÓZSEF: A szervezetzet jogi minősítése. *Szövetkezés*, 2002. évi 1–2. sz. 55–70. p.

reműködésére épülő vállalkozással tagjai gazdasági, társadalmi és szociális-kulturális szükségleteinek megvalósítását segíti elő.

2. Feladat tehát választ keresni arra a kérdésre, vajon szinonim, vagy csak a részként az egészhez igazodó fogalom-e a közreműködési jogviszony a tagsági jogviszonyhoz képest. Amennyiben a közreműködési jogviszonyt eszmei tartalom kifejeződéseként fogjuk fel, amely a személyi társulást hivatott általános feltételként kifejezni, a két jogviszony valóban szinonim fogalom. Amennyiben az elvont tagsági jogviszonyt olyan komplex jogviszonynak tekintjük, amelyben a tartalmi elemeket csoportosítani lehet, azaz a jogok és kötelezettségek – osztályozás szerint – lehetnek: vagyoni, vezetési (önkormányzati), közreműködési, felelősségi, szociális ellátási kategóriába tartozók, úgy hangsúlyosabbá válik az egész és a rész viszonyának összefüggései.

Ami a jogi szabályozást illeti, elsősorban a hangsúlyeltolódásokból eredő félreértések az említett relációban jelentkeznek. Ugyanis a szövetkezeti fajták rendkívül színes formákat (modelleket) produkálnak, így a jogviszonyelemek kaleidoszkóp módjára igen változó képet mutatnak jelentőségük és összefüggéseik szempontjából.

Egy elemcsoportot kiemelve, a tagsági jogviszony tartalmában jól elkülöníthető a közreműködés joga és kötelezettsége, de ez a csoport is – ahogyan már említettem – gyűjtőfogalom, amelyeknek kettős jelzése van. Az egyik: tartalmi elemcsoport, a másik az, hogy konkretizálásához nélkülözhetetlen két törvény, a Polgári Törvénykönyv és a Munka Törvénykönyve. Tudniillik mindkét félnek, csak így lehet a teljes értékű törvényi biztonságot megteremteni (munkavégzésre, vállalkozásra, megbízásra, hitelezésre, szolgáltatásra stb.).

Ez az a tartalmi csoport, amelyben a „személyes közreműködés” túlzottan hangsúlyossá vált és az általam tévesnek ítélt szemlélet következtében az alanyi jogokat és kötelezettségeket tartalmazó szabályozás – óvatosságból – teljes egészében átkerült a „külső” kapcsolatot kifejező jogszabályok foglalatába (pl. munkaszerződésbe), mondván: a személyes közreműködés csak lehetőség és jogosultság, de nem kötelezettség, ami természetes, s az alapkoncepción mit sem változtat.

Vannak azonban olyan szövetkezetek, amelyekben a tagok magángazdasága és a szövetkezet közötti vállalkozói megállapodás (szerződés) nélkül a szövetkezet létezése értelmetlen lenne. Az utóbbi időben jól működő és fejlődő termékértékesítő (termékpályás) szövetkezetek létalapja a tagi vállalkozás, mivel a szövetkezeti piacszerzés és értékesítés e nélkül elképzelhetetlen. Nagyon találó a termékpályás szövetkezeteket értékelő egyik álláspont, e szerint: ez a szövetkezeti forma „nem termelőszövetkezet, nem munkaszövetkezet, nem vállalat,

nem is érdekvédelmi testület, hanem független gazdálkodók demokratikus együttműködése piaci helyzetük erősítésére”.²¹

A kötelezettség még plasztikusabban jelenik meg a termelői csoportként elismert szervezetekben, amikor is a létesítő okiratnak már tartalmaznia kell a tagok kötelezettségvállalását arra, hogy „az értékesítésre a termelői csoporttal szerződést kötnek” és betartják a keret által meghatározott termelési és környezetvédelmi szabályokat. Sőt a szigor odáig terjed, hogy a tagoknak „az állami elismerés tárgyát képező árutermelésük száz százalékát a termelői csoporton keresztül” kell forgalmazniuk. Közvetlenül a fogyasztók számára való értékesíthetőség pedig csak az árutermelést létesítő okiratban meghatározott részre (legfeljebb 25 %-ra) terjedhet.²²

Felesleges lenne belebonyolódni „a munkavégzési kötelezettséget magában foglaló szervezeteti tagsági viszonyba”, és abba, hogy azt vajon miért kell „munkavégzésre irányuló egyéb jogviszonynak” tekinteni (akkor már a munkavégzés tárgyú jogviszony inkább kifejezőbb), ha egyértelműen kimondom, amennyiben a tagsági jogviszony tartalmában munkavégzési kötelezettség szerepel, azt belső megállapodásban kell konkretizálni, s amelyre – az alapszabályi rendelkezésekre figyelemmel – a munkajogi szabályok vonatkoznak, de az is a feleken múlik, hogy önálló munkajogviszonyt hoznak-e létre.

A most folyó törvényi előkészületek során is többször és többen hangsúlyozzák a személyes közreműködés elvének kimondását, de óva intenek kötelezővé tételétől, csak a lehetőséget ismerik el. Olyan igény is kifejezésre jut, hogy a törvény határozza meg a szervezetek és a tagok közötti együttműködés formáit. Tiszteletre méltó igény, de a szervezetek által produkált együttműködési formákat, s azok mozgását csak generálisan lehet szabályozni, a részleteket pedig a születendő törvény különös részére, illetőleg az alapszabályokra kell bízni.

A kiinduló ponttól így jutottam el a végső pontig. A locatio conductio intézményétől való kiindulás ugyan csak hasonlat volt, és a régi mondás szerint – tudva lévő – minden hasonlat sántít – ez a hasonlat pedig mindkét lábára sánta; de ahogyan a római bérlet egységes fogalmában több össze nem tartozó, heterogén szerződés belefért, a közreműködés fogalmába úgy férnek bele a szintén heterogén és esetleg össze nem tartozó belső megállapodások egy szervezeten belül.

Összegezőképpen, ebben a rövid munkában a személyi társulásként működő jogi személy (a szervezet) és tagja közötti jogviszony tartalmában meglévő kölcsönös közreműködési jogoknak és kötelezettségeknek lényegét, s annak konkrét formáit igyekeztem összefoglalni. Próbáltam bemutatni, hogyan lehet a

²¹ GYÓRI ANDRÁS: Vidékfejlesztés – szervezetkezés. *Magyar Mezőgazdaság*, 1998. október 7.

21. p.

²² A földművelésügyi és vidékfejlesztési miniszter 81/2004. (V. 4.) FVM rendelete a termelői csoportokról.

tagsági jogviszony tartalmában meglévő közreműködési lehetőségeket konkretizálni az alapjogviszony egységének megbontása nélkül. Nézetem szerint az egyedi megállapodásokkal állhat elő az a helyzet, hogy a munkajogi vagy a polgári jogi szabályok érvényesítésével történjék a sajátos belső kapcsolat egyediesítése.

A jelzett általános tételtől eltekintve – természetesen – a szövetkezet tagja szövetkezetével munkajogi vagy polgári jogi viszonyokat is létesíthet egyedi szerződésekkel, amelyek önálló léttel rendelkeznek; tehát még az esetleges függő helyzetük a tagsági jogviszonyukhoz is csak a két fél közötti megállapodáson alapulhat.

Meggyőződésem, nemcsak a tagsági jogviszony tartalmában meglévő közreműködési elemcsoportnak van lehetősége tiszta belső megállapodási rendszer kiépítésére, de a vagyoni kötelezettségek és jogosultságok tartalmi csoportjánál is pontosan ki kell dolgozni pl. a befektető tagok pozícióját, amelyet szintén csak belső megállapodással lehet rendezni: de bízom a közel hat évtized óta tartó felemás állapot megszüntetésében, amelyre a megszületendő új szövetkezeti törvény alkalmat biztosíthat.

JÓZSEF VERES

RECHTSVERHÄLTNIS MIT EINEM MITWIRKUNGSOBJEKT – MITGLIEDSCHAFTSVERHÄLTNIS

(Zusammenfassung)

Der Autor setzt sich in dieser kurzen Studie mit dem Wesen und den konkreten Formen der gegenseitigen Mitwirkungsrechte und –pflichten, die im Inhalt des zwischen der als Personenvereinigung funktionierenden Rechtsperson (Genossenschaft) und ihrem Mitglied bestehenden Rechts-verhältnisses zu finden sind – unter dem Titel eines Mitwirkungsverhältnisses auseinander.

Das als Mitwirkungsverhältnis qualifizierbare Mitgliedschaftsverhältnis wird erstens in seiner geschichtlichen Entwicklung schematisch dargelegt, dann werden die Thesen der geltenden rechtlichen Regelung aufgezählt und kritisch analysiert.

Schliesslich gibt der Autor de lege ferenda bezüglich der bevorstehenden neuen gesetzlichen Regelungen Vorschläge. Er sucht eine Antwort auf die Frage, wie die im Inhalt des Mitgliedschaftsverhältnisses vorhandenen Arbeits-, Unternehmer- und weitere Mitwirkungsmöglichkeiten in einer inneren Vereinbarung nominiert werden können.

Nach seiner Ansicht kann es mit den einzelnen Vereinbarungen zu einer Lage kommen, wo die Konkretisierung der eigenartigen inneren Beziehungen durch die Anwendung der arbeitsrechtlichen und zivilrechtlichen Regelungen durchgeführt werden soll.

Abgesehen von der angedeuteten allgemeinen These – selbstverständlich – kann das Mitglied der Genossenschaft mit seiner Genossenschaft arbeitsrechtliche, zivilrechtliche Rechtsverhältnisse mit einzelnen Verträgen errichten, die über eine selbstständige Existenz verfügen, also mit einem Mitgliedschaftsverhältnis kann sich noch auch ihre eventuelle abhängige Lage nur auf eine Vereinbarung zwischen den zwei Parteien beruhen.

ZAKAR ANDRÁS

A jogi pályák pszichológiai háttere

A jogi pályák a klasszikus foglalkozások körébe sorolhatók, mivel az egyik legrégebbi foglalkozási csoportot jelentik (Molnár, 2001). Éppen ezért a jogi professziók és azok művelői is sajátos megítélésben részesülnek. Ez az értékelés ugyan koronként változik, de a jogi pályák tevékenységének tartalmi összetevői és a jogászai munka személyiségben rejlő feltételei mégis bizonyos stabilitást mutatnak, amelynek okai a szakterület belső rendszerében éppúgy kereshetők, mint az adott kor társadalmának felépítésében és működésében.

Az elmúlt időszakban nálunk a jogi pályákhoz való viszonyulás jelentős változáson ment keresztül, amely elsősorban társadalmunk átalakulásával hozható összefüggésbe. A jogi pályák iránti érdeklődés közel másfél évtizede töretlenül magas szintet mutat, amely mára a jogi képzés jelentős bővítését eredményezte.

A jogi pályákon dolgozók számának gyors növekedésével, továbbá a jogi tevékenységek tartalmának érezhető átalakulásával összefüggésben egyértelműen megváltozott a továbbtanulni vágyó fiatalok és felnőttek körében a jogi szakirány választásának körülményrendszere. A jogi karokon folyó nagy létszámú képzés mindenek előtt a szakválasztás motivációs rendszerében hozott jelentős változásokat: azaz mai viszonyaink között a jogi továbbtanulás választásának indítékai a felvételre jelentkezők körében sokszor nem eléggé szakmaspecifikusak, mivel azok gyakran meglehetősen általánosak és szerteágazók. Ez sajnos a tanulmányok első felében sem változik meg kedvező módon, amely többek között nagyban csökkenti a jogi pályával való előzetes azonosulás lehetőségét. Bevezetésként megemlíthető még az is, hogy a hallgatók szakmai képességei sem érik el minden tekintetben a kívánt szintet a tanulmányok során. Szerencsére a képesség- és a motivációs rendszer egyaránt jelentősen javul az egyetemi alapképzést követő szakképzés folyamán, illetve annak eredményeként.

Ma már nyilvánvaló, hogy a jogi pályákra való sikeres felkészüléshez jelentősen hozzájárulhat a szakmai ismeretek elsajátításán túl a pszichológiai előkészítés is. Éppen ezért fontos lehet a jogásszá válás pszichológiai összetevőit minél alaposabban megismerni. A következőkben ebből a megfontolásból ösz-

szégezzük a pályafejlődésre vonatkozó elméleti kérdéseket, és egyben kísérletet teszünk a jogi pályával való azonosulás pszichológiai tényezőinek meghatározására.

1. A pályafejlődés alapkérdései

Az ember-pálya megfelelés fontosságának felismerése már régen a konkrét pálya kiválasztására, a pályára való felkészítésre és a minél eredményesebb pályatevékenység elősegítésére irányította a kutatók figyelmét. A kezdeti alkalmasság-pszichológiai felfogások meghaladása jelentős elméleti változást eredményezett a pályafejlődés tartalmi kérdéseinek értelmezésében.

A pályaválasztás, a pályára való felkészülés és a pályatevékenység egységes folyamatként való értelmezése több új fogalom (életút, szociális tanulás, pályaszocializáció stb.) bevezetését eredményezte a pályalélektan rendszerébe. A pályafejlődési elméletek tartalma így jelentősen kibővült (Zakar, 1988).

Az elemző munkánkban elsősorban azokra a lényegi összetevőkre helyezzük a hangsúlyt, amelyek elősegítik a pályafejlődés során a pályával való azonosulás feltárását, s ez által a jogi pályák identifikációs folyamatának alapjául szolgáló speciális személyiségi tulajdonságok megismeréséhez járulnak hozzá.

A különböző elméletalkotási kísérletek ezen a területen döntően három fő gondolat mentén szerveződnek: először a pályafejlődés megközelítése az életkori jellemzőkkel összefüggésben, másodsor a pályafejlődés nyomon követése a döntés alapján és harmadszor a pályafejlődés megragadása a szerepelsajátítás folyamatában.

Az életútszemléletet tükröző első *fejlődés-lélektani* indíttatású pályaválasztási és pályafejlődési elmélet megalkotása, alapkérdéseinek megfogalmazása Ginzberg (1951) nevéhez fűződik, aki központi feladatnak tekintette annak a megállapítását, hogy a szakmailag releváns személyiségtulajdonságok milyen életkori szakaszban, illetve szakaszokban alakulnak ki, továbbá azt is, hogy ennek hatására a szociális környezet életkoronként milyen befolyást gyakorol. Ginzberg elméletét sokan jogosan bírálták (főként az irreverzibilitásra és a túlzott mértékű kompromisszumra vonatkozó részeket), munkásságával mégis új korszakot nyitott meg az ún. „pályatudományok” körében.

A ginzbergi elképzelés gyenge pontjaira való reflexióként fejtette ki hamarosan Super (1953) felfogását, amelynek lényege a következőkben összegezhető:

A szakmai fejlődést leginkább az individuális és a szocio-kulturális faktorok közötti interakciók biztosítják. Ennek megfelelően Super a fejlődés alapjaként mindvégig a szintézis jelentőségét hangsúlyozta. Ugyancsak nagy jelentőséget tulajdonított a szociális szerepek átvételének, ezen belül a központi személlyel való azonosulásnak, tudatos és nem tudatos formában egyaránt. Az így kialakuló magatartás szerinte a környezet megerősítő hatására az „önkonceptióban”

integrálódik, amely meglehetősen nagy hatást gyakorol a szakmai preferenciák, sőt az egész szakmai életút alakulására. Ettől függ elsősorban a későbbi megelégedettség, ugyanis az egyén olyan szakmai lehetőséget igyekszik először választani, majd kialakítani, amelyben az elvárt foglalkozási szerep(ek) követelményei egybeesnek saját önkoncepciójával.

A „self-concept” fejlődési folyamatában a kezdeti szakasz a személyiség kiteljesedését jelenti. Ezt követi az egyén önmagáról alkotott felfogásának átvitele és beépítése a pályaképbe, amelyet fontosnak ítél a felnőttekkel való azonosulás során, mégpedig a pályaszerep átvételénél, valamint a személyes attribútumok tudatosulása terén. Harmadik lépésként az önkoncepció megvalósulása következik, amely a szakmai képzés befejezésekor és az azt követő munkába álláskor veszi kezdetét.

Az önkoncepció fejlődésének folyamatát Super összekapcsolta a Bühler-féle fejlődési fázisokkal, így kísérelve meg az életútfejlődés fontosabb állomásainak megvilágítását. Super és munkatársainak elképzelése egyébként rendkívül átfogó. Elméletük egy része azonban részleteiben még ma sem kidolgozott. Kutatásaik főként az önkoncepció és a pályakoncepció összefüggéseinek feltárására irányultak, míg náluk a szakmai érés és a pályafejlődés későbbi szakaszainak vizsgálata háttérbe szorult. Ugyanakkor Supernél jelent meg elsőként a fejlődési elv és a pályaszerep összekapcsolásának gondolata. A pályafejlődés és a foglalkozási szerep(ek) elsajátításának elemzésekor azonban ő főként a „jelentős személlyel” való azonosulás részleteinek megismerésére irányította a figyelmét.

Az önkoncepció Super által javasolt megvalósulási időszakával azért kell egyetértünk, mivel az önmegvalósítás a munkavégzés és az ahhoz szükséges feltételek kialakulása nélkül aligha képzelhető el.

A fejlődés-lélektani indíttatású pályaválasztási és pályafejlődési elméletek sajátos irányát képviseli Roe (1956, 1972), aki a korai gyermekkor pályaválasztás szempontjából jelentős mozzanatait vizsgálta. Abból indult ki, hogy a gyermeki szükségletek kielégítésének mértéke és módja felelős a beállítódások alapjainak kialakulásáért, a képességek megalapozásáért és az érdeklődések változásáért. Azt is feltételezte még, hogy a gyermekkori szükségletek kielégítettségének jellege tükröződik az egyén későbbi élete során az orientációs formákban is. Másfelől a szükségletek kielégítettsége döntően a szülők magatartásától függ. Éppen ezért úgy vélte, hogy rendkívül szoros az összefüggés a szülői viszonyulás és a gyermek meghatározott irányulása között.

A bemutatott modell által túlértékelt egyoldalú családi befolyás erősen vitatható, még módosított változatban is. Roe teljes elméletét vizsgálva azonban érdemes a szükségletek szerepét még más oldalról, mindenek előtt fejlődésük és átalakulásuk felől megközelíteni. Ugyanis a személyiséget érő hatások, azok közül főként az érzelmi jellegűek jelentősen módosíthatják a már meglévő szükségletek struktúráját már a szakmai felkészülés időszakában, majd még inkább a későbbi munkavégzésben. Így természetesen újabb lehetőség nyílik a

különbféle szükségletek megjelenésére (pl. a másik ember megértése, támogatása, problémájának megoldása iránti szükséglet, amely többek között a jogi pályákon is fontos követelmény).

A pályafejlődés kérdéskörét elemezve Csirszka (1966) is összefoglaló keretként az életútfejlődést jelöli, amelynek szerinte két fő forrása a pályaadaptáció és a pályavitel időszakasa. A pályaadaptáción belül elkülöníti az előkészület, a pályaválasztás, a szakmai felkészülés és a beilleszkedés szakaszát. Koragyermekekben nagy szerepet tulajdonít a családnak, később az iskola, majd serdülőkortól kezdve a baráti kör és a különböző hatások (olvasmányok, televízió stb.) szerepét hangsúlyozza. Fontos feltételnek tekinti még a dinamikus személyiségtulajdonságok rendszerét is.

Csirszka megítélése alapján az alkalmasság alapvető kritériuma a választás realitása, amelyet a személyi adottságok úgyszintén meghatároznak az objektív tényezők mellett. Szükségesnek tartja még a szakma alapos elsajátítását és az eredményes beilleszkedést is. Az előkészület éveit a pályaválasztási érettség időszakaként említi. Szerinte a szakmai képzésben alakul ki a pályafejllettség következő fokozata, a szakmai megfelelés, amely a választott szakma megvalósításához szükséges valamennyi feltétel meglétét jelenti.

Az életút akkor éri el célját, ha minden tekintetben a fejlődést szolgálja. Ennek pszichológiai feltétele viszont a pálya fejlődési célkitűzéseinek elfogadása és elsajátítása. Az egyén saját fejlődését a pályalehetőségek és -adottságok fejlődési irányában ismeri fel és valósítja meg (Csirszka, 1982).

Csirszka munkássága a hazai elméletképzés jelentős lépése, mivel tevékenysége előremutató értékű, s a későbbi elméletek alakulására is meghatározó módon hatott.

A korábbi elképzeléseket pontosította, nemzetközi keretekbe helyezte, és jelentősen tovább is fejlesztette Rókusfalvy (1969), akinek a felfogásában a pályafejlődés un. „alkalmazkodási és beilleszkedési” folyamat. „Az aktív pályaalalmazkodás, mint cselekvéssorozat számos bonyolult szabályozott tényezőcsoport, a külső (természeti és társadalmi) környezet és a fejlődő személyiség közötti, valamint a személyiségen belüli kölcsönhatások eredője” (Rókusfalvy, 1969). Felfogása alapján a pályaalalmazkodó tevékenység ösztönző szabályozásában részt vesznek az egyén pályaeérdeklődései, pályakívánságai, szükségletei, önértékelései, motivációi, továbbá igény szintje (pontosabban pályai igény szintje), hivatásérzete, életcélja, valamint a munkával kapcsolatban kialakult értékrendszere.

A szervező szabályozás az értelmi működés feladata, amelyet erkölcsi mozzanatok hatnak át. A végrehajtó szabályozásban a képességek és az akarati tulajdonságai válnak dominánssá. Ezen kívül a pályafejlődés és a társadalmi beilleszkedés menetében fontos helyet foglal el a pályaválasztási érettség, amelynek lényeges dinamikus összetevője az önnevelési igény kezdeti megvalósítása, a tanulási erkölcs (lelkiismeretesség, kitartás stb.), a megfelelő társasá alkal-

mazkodás a különböző közösségekben, a saját életcél kitűzése és az életeszmény kialakítása.

Rókusfalvy által kidolgozott pályaválasztási- és pályaegettség fogalmak alapvetően fontosak, mivel segítségükkel megragadhatók azok a személyiségjegyek, amelyek a pályával való azonosulás fejlődési mutatói is egyben. Elmélete olyan komplex rendszernek tekinthető, amely széles alapú lehetőséget biztosít az egyes részterületek további kimunkálásához, illetve az értelmezéshez szükséges fogalmak továbbfejlesztéséhez.

Ritoókné (1977), majd Szilágyi (1982) az önmegvalósítás személyiségben rejlő feltételeit helyezte vizsgálódásainak középpontjába, amelynek megközelítéseként a pályával való azonosulás feltárását alkalmazta. A pályá-identifikációt mindketten viszonyfogalomnak tekintik, amely a munkát végző ember domináns személyiségjegyei, valamint a pályá követelményrendszere közötti megfelelés hatékonyságának mutatója. Ritoókné a pályaaazonosulás három fő összetevőjét emeli ki: az elégedettséget, a pályán való eredményességet és az aktivitást. Az elégedettség fogalmával a pályá-identifikáció szubjektív oldalát, az eredményesség segítségével meg a munkateljesítményben megnyilvánuló objektív pályá-identifikációt közelíti meg. A társadalmi aktivitás pedig a pályatevékenység során a kezdeményezési- és cselekvőkészség megragadásául szolgál.

A pályá-identifikáció személyiségben rejlő feltételeit egymásra épülő, fokozatosan mélyülő, bonyolult rendszerként értelmezi, amelynek első szintjét a nem specifikus részképességek alkotják. A második szint a pályaaalkalmasság speciális képességtartalmát, a harmadik meg a speciális képességtartományokat foglalja magában. A negyedik szint tényezőinek tekintik azokat a személyiség-tulajdonságokat, amelyek jelenléte bármely pályá és az egész életút kedvező alakulásához szükségesek, s az előzőekhez további fontos összetevőként társul az ötödik, a társadalmi elkötelezettségek szintje (Ritoókné, 1977).

Különösen fontosnak tartjuk Ritoókné pályaaalkalmassággal kapcsolatban tett megállapításait: „A pályaaalkalmasság feltételei elsősorban nem a részképességekben, hanem a személyiség speciális pályaaalkalmasságában, a személyiség élményigényének és a pályá élménytartalmának megfelelően található meg, amelynek a képességek csak szükséges, de nem elégséges feltételeit jelentik” (Ritoókné, 1977).

Az egyén és a pályá kellő megfelelési szintje mellett lényeges még, hogy a pályafejlődést elősegítsék a személyiség általánosabb tulajdonságai is, elsősorban a regulációs szint, a szociabilitás, az érzelmi harmónia, a személyiség fejlődésének energiaháttere és a személyiség megfelelő szintű szocializáltsága.

Szakmai körökben régebb óta elfogadott, hogy a pályaaazonosulás folyamata a személyiségfejlődés életkori jellemzőivel összefüggésben vizsgálható. Az is köztudott, hogy e folyamat során tipikus problémák jelentkezhetnek, amelyek az egyes életkori szakaszokra, sőt esetenként az adott pályacsoportra is jellemzőek. A személyiségjegyek döntő szerepének igazolása alapján így a sikeres pályá-identifikáció alapfeltétele a személyiségfejlesztés. A szociális faktorok

elsődleges közegének a családot jelölik a szociabilitás, a reguláció, az érzelmi harmónia stb. vonatkozásában. Ezek megszilárdulásában fontos szerepet tölt be a pályaválasztási döntést megelőző időszak intézményes nevelése. A személyiségértékek alakulásában pedig a család magatartásmintáit, érzelmi nevelésének tartalmát és színvonalát tartják meghatározónak.

Ritoókné munkássága nagy segítséget jelent az emberekkel foglalkozó pályákra készülők azonosulási folyamatának feltárásában. Ugyanis a pályaidentifikáció fogalmának bevezetésével, a vizsgálhatóság metszéspontjainak felvezetésével pontos tájékozódási alapot teremtett a problématerület további, más szempontú megközelítéséhez. A pályaidentifikáció kialakulását folyamatként értelmezi, amelyben a pályafejlődés alakulása a pályaidentifikáció alapjául szolgáló személyiségi tényezőket egymásra épülő, egymást átalakító strukturális rendszerként fogja fel.

A pályaidentifikáció kérdéskörét hazai viszonyok között eddig a legteljesebben Helembai (1989) vizsgálta. Átfogó elméleti rendszere az önszabályozás és a tevékenységsszabályozás speciális mechanizmusait mutatja be, amelynek hátterét a személyiségi tényezők meghatározott együttese biztosítja (Helembai, 1990).

A *döntés alapján* megfogalmazott elméletek központi fogalma a probléma-érzékelés, valamint e megközelítés tengelyében a környezet segítő vagy gátló hatásának vizsgálata áll. A személyiség oldaláról a képességek, az érdeklődés, a motiváció és az értékek kerülnek előtérbe, amelyek az információk keresésében és feldolgozásában játszanak fontos szerepet, és így befolyásolják az egyén döntését és cselekvését.

A pályaválasztás és a pályafejlődés fejlődés-lélektani elméletei jórészt elhanyagolják a döntés mozzanatának vizsgálatát. E hiányt kívánta elsőként pótolni Tiedemann (1961), amikor a fejlődést, mint döntési folyamatok sorozatát ragadta meg.

A döntés során két fázist különít el: az anticipációt és a megvalósítást. Az anticipáció szubfázisaként fontosnak tekinti az explorációt, a kristályosodást, a választást és a specializálódást, amelyek a fejlődésben a differenciálódást jelentik. A megvalósítás összetevői szerinte a bevezetés, az átalakítás és az integráció. Meg kell jegyeznünk, hogy a szubfázisok sorrendje változhat a célok és az elképzelések megvalósíthatóságának függvényében.

A szocializációs elmélet alapján fejti ki Ries (1970) elképzelését, amelyben a pályaválasztási döntést folyamatként határozza meg. Felfogásának lényege, hogy a külső társadalmi normák következtében és a belső okokkal összefüggésben az egyén arra kényszerül, hogy addigi státusát feladja. A szubjektív megterhelés annál nagyobb, minél tisztázatlanabb és időben behatárolatlanabb a szituáció. Ilyenkor aktivizálódnak az anticipációk, a célokat meg pályapozíciók formájában tervezi az egyén, hogy státusát ismételten megerősíthesse. Így kialakul a foglalkozási szerepek rangsora, aktív és reaktív információk segítségével értékeli az egyén a szakmai lehetőségeket, különösen azok struktúráját. A

társadalmi követelményekkel való sikeres összevetés után kezdődhet meg a szakmai szocializáció. Ez által megszűnik a státus-önállótlanág és egyben helyreáll a szociális integráció. A szerző tekintetbe veszi a foglalkozási szerep átvételével előforduló nem racionális elemek (pl. impulzív reakciók) hatását is.

Ries érdeklődését elsősorban a pályaválasztó anticipált és informatív magatartására korlátozza, a döntés folyamatával kapcsolatban csak a réteghovatartozást és az integrációs szintet emeli ki. Összességében a döntést nagy összefüggésekben szemléli, ellentétben Kohlival (1973), aki már a döntés „apróbb szakaszainak” is fontos szerepet tulajdonít.

A pályaválasztási döntést hazai viszonylatok között először Völgyesy (1976) elemezte, továbbá ezen keresztül csoportosította a pályaválasztást és a pályamegvalósítást meghatározó személyiségi tényezőket. A magatartás általános összetevői tekintetében az aktivitás-passzivitás, a befeléfordulás-kifeléfordulás, a szabályozottság-szabályozatlanság mutatóit emelte ki. A társadalomhoz, csoporthoz fűződő viszony által meghatározott magatartás összetevői szerinte a szociabilitás-antiszociabilitás, adekvátság-inadekvátság és az igényszint, amelynek mértékét a sikervágy erőssége és a kudarcelkerülési indíték intenzitása együttesen határozza meg. Az én-kifejtés realitásszintjét nála az intellektus, az önismeret és a társadalmi hatékonyság determinálja.

A személyiségfejlődés fenti jellemzőit Völgyesy összeveti a pályae érdeklődéssel, a pályaismeret realitásának mértékével, a választott pálya és az egyéni jellemzők közötti megfelelés szintjével, valamint a megvalósítási igény fejlettségével. Mindezek alapján olyan szempontokat kínál, amelyek közvetlenül felhasználhatók a nevelés gyakorlatban is.

Krumboltz (1978) sajátos elméletét a problémamegoldás köré szervezi, valamint a különböző megközelítési irányok egyéni értelmezését nyújtja. Az életút fogalma alatt a különböző (pálya)pozíciók elérését érti. Ennek során az öröklött faktorok és a külső befolyások módosítják a tanulási tapasztalatokat, amelyek eredményeként az énkép és az egyén problémamegoldása ebben a kölcsönhatásban folyamatosan változik, azaz a cselekvésen keresztül új tapasztalatokat, tanulásokat hoz létre.

A fenti megközelítésben sajnos nem tisztázott eléggé az öröklött tényezők és a külső hatások megoszlása és szerepe, továbbá problematikus még az ún. „asszociatív tanulás” kiemelt jelentősége is. Ugyanis asszociatív tanulás fogalma alatt foglalja össze mindazokat a tapasztalatokat, amelyek alapja a természetes inger-válasz kapcsolat, vagy a tanult készenlét erre a kapcsolatra, amelyek az új magatartásban kapcsolódnak össze.

A *szakmai szerep elsajátításának feltárásához* elsősorban a szociológiai és a szociálpszichológiai indíttatású, döntően a szocializációt szem előtt tartó pályaválasztási elméletek járultak hozzá. E megközelítési irány első kiemelkedő képviselője Rosenberg (1957), aki a pszichológiai faktorok mellett az esemény-specifikus szociális státust, az iskolai képzést, továbbá a különböző szakmai információkat, valamint a lehetséges választási alternatívákat emelte ki. Elkép-

zelésében döntő jelentőségű az ún. „szociális faktorok” csoportja: a képességek, a rátermettség, valamint a „munkahely-kínálat”. Szerinte a központi belső individuális jellemzők tartalmazzák az egyén szakmai kvalitásait, értékrendszerét és szükségleteit.

Rosenberg elméletében jelentősnek ítéljük a közvetett érvényesülésre utaló tételeket, valamint az anticipált pályaszocializáció megkülönböztetését. A pálya-identifikáció szempontjából központi jelentőségű az „esemény-specifikus szociális státus” fogalma.

A pályaválasztás társadalmi jelentőségére és szociális meghatározottságára mutat rá elméletében Fürstenberg (1968) is. A pályaválasztás során szerinte nem csupán a gazdasági-egzisztenciális lehetőség választása teljesül, hanem a szociális környezet választása úgyszintén megvalósul, mégpedig szociális tanulás formájában. Éppen ezért központi jelentőségűnek tekinti a környezet befolyását és a választás körülményeit (pl. a szülők elvárásait, az iskolai képzési lehetőségeket, a munkaerőpiacot stb.).

A szociológiai indíttatású felfogások legösszefogottabb és valóban előremutató rendszerét Musgrave (1967) alkotta meg. Gondolatmenetében fontos helyet foglal el az anticipált szocializáció, amelynek során az egyén kipróbálhatja az elővátelezett szerepeket. Az előzetes szereppróbálás folyamán ismereteket és tapasztalatokat szerez a magatartás követelményeiről és értékeiről, amelyek az előírt foglalkozási szerepeket meghatározzák, sőt a fejlődés következő stádiumát is befolyásolják.

Az előzetes (primer) szocializáció látens módon magában foglalja a szekunder és a terciér szocializáció elemeit is. Az alapvető tapasztalatok közvetítői a szocializáció fő irányítói, így a család, az iskola és a kortárs csoport.

A szekunder szocializáció fogalmával a szakmai életbe való belépést jelöli, a preferált pálya melletti döntés eredményeként, amelyben a gazdasági szelekció folyamatához való hozzárendeződés érvényesül. Ezen belül nagy jelentőségűek a korábbi szereptapasztalatok és -sztereotípiák.

A terciér szocializáció során az egyén elsajátítja a szakmai szerep (vagy pozíció) magatartási formáit, amelynek során énképét módosítja, hozzáigazítja az új szereppartner elvárásaihoz.

A rendszer negyedik fázisaként a szakma-, illetve a pozícióváltást említi, amely gyakran szakmai szocializációt is jelent, és többnyire a terciér szocializáció után válik szükségessé.

Musgrave modelljének legfőbb érdeme a foglalkozási szerep kialakításának folyamatként történő értelmezése, valamint a szereppartner fogalmának részletes kidolgozása. Összességében jó értelmezési lehetőséget kínál a szakmai szerepsajátítási folyamat gyakorlati alkalmazásához.

Lüscher (1968) monográfiájában a pályaválasztási folyamatot jól elkülöníthető szakaszokra bontja. Nála az orientáció a bevezető fázis, amely az első szakmai kontaktustól az iskolai tanulmányok befejezéséig tart.

Előkészületi szakasznak tekinti azt az időszakot, amelyet az egyén egy meghatározott pályán a szakképzésben tölt el. A konkretizálás szakasza pedig az, amely a pálya tényleges gyakorlásával válik valóra.

A referenciális csoport elméletére alapozza Daheim (1970) az elképzelését, aki a pályaválasztás fogalmának leírásához nem tartja elegendőnek a szakmai előmenetel elemzését. Felfogásában az ún. „pályakényszer” nem egyszeri aktus, hanem folyamat, amelyben egyre erőteljesebben érvényesül a korlátozás. A pályapozíciók korlátozásának folyamata Daheim szerint az interakciókban megnyilvánuló orientációktól és tevékenységektől függ. A megfelelő foglalkozási szerep megválasztása egyúttal változtatja a pályaválasztásra irányuló szociális befolyásokat, ezen belül is a vonatkozási személy, illetve csoport(ok) hatását a szakmai orientációkban.

Az első döntés (az iskolai képzés kiválasztása) leginkább a család által determinált. A következő döntés a szakképzés, vagy a szakmai pozíció kiválasztásakor következik be. A szakmai szerep és a pályapozíció megvalósulásával kapcsolatban általános és speciális célokat különít el Daheim. Szociális vonatkozásban a szülők, a tanárok és a kortársak véleménye a leginkább számottevő. Harmadik döntésként szerinte a pályapozíciók közötti választás kerül előtérbe. E fázisban egyébként a munkatársak, valamint a saját család hatása dominál.

A főbb elméleti irányok áttekintése alapján úgy látjuk, hogy témánk szempontjából elengedhetetlen a különböző kutatási eredmények integrálása. A teoretikus rendszer továbbfejlesztéséhez hasznosnak tartjuk azt a megállapítást, miszerint „minden intézményesült foglalkozás képviselőjét (így az orvost, jogászt, építészt stb.) bizonyos stabil érzelmi, gondolkodásbeli és viselkedésbeli jegyek kell, hogy jellemezzenek abban a szövevényes személyközi kapcsolatrendszerben, amelyben dolgozik” (Váriné, 1981). Hasonlóan fontosnak tartjuk az adott foglalkozásra jellemző tevékenységszféra jelentőségét, valamint a kialakult és a társadalmi gyakorlatban már megfogalmazott új szerepkövetelményeket és -elvárásokat.

Az általunk vizsgált jogi pályák vonatkozásában a társadalom változó szükségletei az interperszonális kapcsolatok minőségére helyezik a hangsúlyt. Ezért a továbbiakban a szakmai szerepsajátítás mentén kíséreljük meg feltárni a pályafejlődés tartalmi kérdéseit, azaz megfogalmazni a pálya-identifikáció szakaszait és fontosabb jellemzőit.

Abból indulhatunk ki, hogy a személyiség egyéni szocializációja során a társadalom hierarchikus rendszerében többféle pozíciót foglal el, és a társadalom egyúttal megadja a különféle státusok kereteit is. Az adott státust betöltő emberrel szemben a társadalom meghatározott követelményeket támaszt. A különböző követelményeket, elvárásokat és normákat, illetve az ezeknek megfelelő tipikus magatartást nevezzük (pálya)szerepnek.

Jelen munkánk során nem lehet célunk e tárgykör valamennyi aspektusának áttekintése, így csupán a foglalkozási szerep elsajátításának alakulására fordítjuk figyelmünket.

Általános jelleggel, természetesen a jogi pályakörökre vonatkozóan is érvényes, hogy az egyén által betöltött pozíció(k) más-más ellenpozíciókkal kapcsolódnak össze. Valójában ez teremti meg a szereppartnerséget, amelyből az adott pozícióra vonatkozó szerepelvárások fakadnak. Ebben ugyanis arra a viselkedésre vonatkozó követelmények együttese fogalmazódik meg, amelyet az ellenpozíciót betöltő személy(ek) az adott pozíció viselőjétől elvár(nak).

Ennek megfelelően ellenpozíciók épülnek ki az adott pályakörökön belüli szerephierarchia alá-, fölé- és mellérendeltségi viszonylatában (pl. a jogi pályák esetében: bírósági tanácselnök és bíró, ügyész és vezető ügyész, bíró és ügyész/ügyvéd), valamint a munka tartalmi oldaláról is (pl. ügyvéd és kliens). Ezért a pálya hatékony gyakorlása érdekében a tanulónak/hallgatónak meg kell ismernie a választott pályával kapcsolatos társadalmi elvárásokat, amelyek az eredményes megfelelés alapfeltételét jelentik. A különböző foglalkozási szerepek interiorizációja egyénileg történik, de a szakmai szereppel kapcsolatos társadalmi elvárások nem függenek az egyéni tulajdonságoktól. Ugyanakkor a követelmények elsajátítása, viselkedésbeli megvalósítása már erősen az adott egyén személyiség-tulajdonságainak függvénye.

A pályára való felkészülés során korántsem tekintjük elegendőnek az elméleti ismeretek elsajátítását, amely a különféle gyakorlati feladatok eredményes megvalósítását alapozza meg. Még a saját viselkedéssel kapcsolatos követelmények elsajátítása sem elégséges önmagában az egyes pályakörök sikeres műveléséhez. Ugyanis meg kell ismerni a szereppartnerek viselkedését, elvárásait, továbbá a szerepek tartalmát és természetesen az abból fakadó követelmények széles skálán elhelyezkedő együttesét is. Az elvárások összekapcsolódásának pontjai a munkatevékenységben gyökereznek, amelyek megvalósítója a mindenkori munkát végző személyiség.

A pályafejlődés alakulását számtalan külső tényező befolyásolja már az adott pálya választását megelőző időszakban is. Mindezeket a hatásokat (család, barátok, iskola stb.) a különböző elméletek más-más módon értelmezik. Abban viszont valamennyi szerző egyetért, hogy a pályafejlődést elsősorban az egyén életútjának, élethelyzeteinek minősége határozza meg. Ezért nagyon fontosnak tekintjük az adott foglalkozási szerep egyes (lehetőleg minél több) összetevőinek előzetes kipróbálását, az adott foglalkozással kapcsolatos normák, elvárások és az ezekről kialakult nézetek előzetes egyéni interpretálását. A különböző forrásokból eredő tapasztalatok az egyén aktivitásával párosulva fejlesztik személyiségét, segítik, vagy éppen gátolják pályafejlődésének alakulását.

A pálya elsajátításában lényeges kérdés továbbá az adott foglalkozási szerep összetevőinek tisztázottsága. Tartalmát tekintve ez érinti a pályán adódó feladatok főbb csoportjairól, az elsajátítandó ismeretek rendszeréről való informálódást, a szakismeretek megfelelő szintjét, valamint a személyiséggel szemben támasztott követelmények együttesét a szereppartnerek szempontjai alapján.

A következő sarkalatos kérdés az elvárások összeegyeztethetősége, mivel a pályafejlődés során újabb és újabb feladatokkal találkozik a személy, és azokat

a környezettel való dinamikus változások kölcsönhatásának folyamatában kell megoldania a mindenkori elvárásoknak megfelelően.

Az életpálya első nagy szakaszát a *pályaadaptáció* jelenti, amelynek során az általános képzés eredményeként kialakítható a *pályaválasztási érettség*. A *pályaalkalmasság* felől közelítve itt a képzésre való alkalmasság válik jelentősé, főként az előrejelzés érdekében. A szakmai szerepelsajátítás kontextusában ez a szakmai szerep tisztázottságában és a szerep elvárásaival való összeegyeztethetőségben ragadható meg. Az identifikáció pályalélektani értelmezésében és alkalmazásában ezt a szakaszt *sub-identifikációnak* (Helembai, 1989) nevezzük. E fejlődési stádium az azonosulás szempontjából olyan személyiségdiszpozíciókat jelent, amelyekről a későbbiekben dől el, hogy elégséges alapul szolgáltak-e a pályával való tényleges azonosulás kialakulásához a szakmai képzés folyamatában.

A szakmai képzés egyik fő tartalmi feladata a szakmai szerep összetevőinek elsajátíttatása, azaz a szerep önálló gyakorlására való potenciális megfelelés kialakítása. E mellett a szakmai gyakorlatok során ki kell, hogy alakuljon a tanulók/hallgatók részéről a szereppartnernek elvárásainak tisztázottsága és egyben az összeegyeztethetőségre való megfelelése is.

A szakmai képzés végére ennek a folyamatnak az állapotjelző fogalmai a *pályaérettség* és a *pályaalkalmasság*. Mindkét fogalom esetén a személyiség olyan fejlettségi állapotáról van szó, amely valószínűvé teszi a meghatározott pályán az eredményes működést, illetve az egyén és a pálya potenciális megfelelést jelenti.

A pálya-identifikáció fejlődési vonulatában ez a stádium a *prae-identifikáció* (Helembai, 1989) szintjét jelzi. Kialakulásában központi helyet foglalnak el az elméleti tanulmányok és az azokhoz kapcsolódó szakmai gyakorlatok, amelyek a szereppartnerhez visznek közelebb az élmény megragadása szintjén is. Ebben a tekintetben egyébként erőteljesen érvényesül a képző intézmény irányító hatása, és egyre növekszik a lehetséges munkahelyek vonzása is a (pálya)szerep kidolgozásának e periódusában.

A sub- és a prae-identifikáció fázisait együttesen *anticipált pálya-identifikációnak* (Helembai, 1989) tekintjük, mivel a választott munkahelyen az önálló pályavitel folyamán jelentkező hatások további pozitív vagy negatív irányú módosulást eredményezhetnek a pályával való azonosulásban.

A *pályatevékenység beilleszkedési szakasza* mindig megkívánja a szakmai szerep önálló gyakorlását, valamint azokat a potenciális feltételeket, amelyek az egyéni variációk kidolgozásához és az egyéni munkastílus kialakításához szükségesek.

A szereppartner tekintetében a pálya effektív gyakorlása érdekében teljesülnie kell az összeegyeztethetőségnek, amelynek a munkát végző személy és a szereppartnernek között kell létrejönnie. A beilleszkedés szakaszában szükséges továbbá az is, hogy a szerep betöltője potenciálisan feleljen meg a szereppartnernek változó szükségleteinek és igényeinek kielégítése során az egyéni bánás-

mód megvalósítására. Itt már az előbbiek értelmében az egyén és a pálya valószínű megfeleléséről (azaz beválásról) van szó, amely feltételezi az önmegvalósítás érettségének a szintjét is. Az önmegvalósítási érettség pedig a személyiség olyan állapota, amikor az egyén integrálódásának irányítója a szakmai munka.

Ezt a fejlődési stádiumot az azonosulás oldaláról a *primér-identifikáció* szakaszának nevezi a szakirodalom (Helembai, 1989). Főként az önálló munkatevékenység eredményességének tapasztalása, a siker átélése, a szereppartnernek részéről történő elismerés stb. azok, amelyek együttesen járulnak hozzá a pályával való azonosulás kiteljesedéséhez és elmélyüléséhez a személyiségi jellemzőkkel összefüggésben. Egyébként erre a lehetőséget már a szakirányú tanulmányok évei is magukban hordozzák, a beilleszkedés szakaszával viszont még inkább bővül a lehetőség a teljes azonosulás létrejöttéhez. Mégis a hasznos tevékenység szakaszában nyílik igazán mód a pályakövetelményeket is egészében teljesítő önmegvalósításra, mivel a pályafejlődés e hosszú szakaszában várható leginkább a szakmai szerep egyéni jellegének kikristályosodása. A pálya-identifikáció folyamatában ezt a *szekunder azonosulás* (Helembai, 1989) szakaszának nevezzük, amely a primér pálya-identifikációval, és annak valamennyi előzményével, együttesen járul hozzá a *tényleges pályával való azonosulás* megvalósításához.

2. A személyiségi tényezők

A pálya-identifikáció hordozója a személyiségtényezők azon együttese, amelynek megléte, a pályakövetelményeknek megfelelő szintű fejlettsége és komplex rendszerként való funkcionálása alapul szolgál az elvárt minőségű munkavégzéshez.

Abból indulunk ki, hogy a jogi pályák esetében alapvető követelmény a szükséges ismeretek elsajátítása. Ugyanakkor az ismeretekhez kapcsolódóan személyi vonatkozások is megjelennek mind a pálya gyakorlója, mind a szereppartner(i) tekintetében.

A *személyiség szabályozás* területén a pszichológiában már régebben a kompetencia központi fogalomként lépett elő. A szociális kompetenciát többen a megfelelő magatartás kialakításához szükséges képességként határozzák meg.

Zimmer (1978) úgy tekinti a szociális kompetenciát, mint az önmegvalósítás és a szociális megfelelés között megvalósult kompromisszumot, aki nagy jelentőséget tulajdonít még a különböző elvárások figyelembevételének is. Ugyanis az ember a követelmények és az igények alapján dolgozza ki az egyéniségét, s ez által mintegy egyensúlyba hozza azt. Amennyiben nem sikerül az egyensúly kialakítása az egymást kizáró vagy ellentmondó követelmények között, az egyén egyoldalúan viszonyulhat a szociális normákkal és a szerepelvárásokkal szemben.

Az interszónális kompetenciát Weinstein (1974) szintén képességnek tekint, amely szerinte elsősorban más személyek válaszainak ellenőrzését teszi lehetővé. Ennek során azonban egyértelműen a szintézist hangsúlyozza.

A szociális kompetencia fogalmán végeredményben a személyiség szabályozás olyan fokát értjük, amelynek birtokában az egyén képes különböző szerepeiben saját viselkedését, tevékenységét az elvárt normáknak megfelelően irányítani, és a másokkal való kapcsolatokban ezeknek a normáknak megfelelően részt venni. Helembai (1989) szerint személyiség szabályozás olyan komplex rendszer, amelyben a pálya-identifikáció hatótényezői az önszabályozási és a tevékenység szabályozási funkcióban integrálódva fejtik ki hatásukat. E rendszeren belül a személyiségtényezőknek eltérő a szabályozó szerepe. A teljes értékű szabályozás jól elkülöníthető szabályozási feladatokat megoldó funkciókból tevődik össze.

Témánk szempontjából a pályaalkalmazkodás lényegében akkor sikeres, ha a joghallgatók megfelelő motivációs rendszerrel rendelkeznek, amelyet összhangba hoznak az alkalmazkodás anticipált céljaival és feltételeivel, továbbá megfelelő eszközökkel meg is szervezik azokat, valamint az aktuális feladataikat és a távlati céljaikat eredményesen végrehajtják, illetve megvalósítják.

A *szakmai interszónális kapcsolatok dinamikája* alapján megállapítható, hogy a jogi pályák kapcsolatrendszerét alapvetően az egyes foglalkozási szerepekhez tartozó jogok és köteleességek szabályozzák. Így bizonyos viselkedési módokat a szereppartnernek már eleve elvárnak egymástól, mintegy anticipálják a másik megnyilvánulását. Az elvárásoknak nyilván kölcsönösen meg is kell felelniük, azaz a normatív jelleg e tekintetben következetesen érvényesül. Elmondható még, hogy a munkavégzés során a szerepkötelezettségek és -jogok általában reciprok kölcsönhatásban állnak egymással (Császár, 1980). A szereppartnernek egyikének (pl. az ügyvédnek) a joga a másik (pl. a kliens) kötelezettségét jelenti és fordítva. Másrészt a kapcsolatok során mindkét fél egyéni interpretálásban jeleníti meg a kialakított és normatív módon szabályozott szerepeket. Ezért végső soron az eredményt mindkét fél befolyásolja saját viselkedésével. Azonban mindenkor az a kíváncsi, hogy ez a foglalkozási szerep betöltője részéről adekvát megoldási módban nyilvánuljon meg.

A kölcsönhatások létezési formája döntő mértékben interakció, illetve az interakciók folyamata. Ezek megvalósulási előzményei részben a szocializáció korábbi tapasztalatain alapulnak, részben a szociális tanulás eredményeként állandóan változnak, átalakulnak. Éppen ezért a saját és a másik megnyilvánulásainak átgondolására szükséges folyamatok egyben lehetővé teszik az ellenpózicióban lévő ember viszonyulásának alakítását is. Mindennek olyan módon kell megvalósulnia, hogy az adott foglalkozást végző személy az esetleges feszültségeket saját maga és mások sérülése nélkül tudja feloldani. Természetesen a helyzetek értelmezése és megoldása intuíció alapján is lehet sikeres, azonban a jogi pályák esetében erre nem lehet mindig alapozni. Ezért rendkívül fontos a széleskörű és pontos szakmai ismeretek mellett az információfeldolgozás minő-

sége. A jogi pályakörökben dolgozókkal szemben megfogalmazott további lényeges elvárás a megértő, elfogadó magatartás és a szereppartnerhez való empátiás viszonyulás.

A munkavégzés során sok esetben az információfeldolgozás hibái vezetnek az interakciók zavarához, és egyben akadályozzák is a megfelelő légkör kialakulását. A kapcsolatok diszharmóniája, az impressziókeltés sikertelensége sokszor bizonytalanságot és feszültséget kelt, amely megindítja a bizonytalanság redukciójára irányuló törekvéseket.

Nehéz helyzetekben gyakran a megoldás kimenetelét sajnos csak a konfliktus megszüntetésére irányuló törekvés jellemzi, amely többnyire az információk egyszerű kiválasztásán alapszik, s így tág teret enged az előzetes preferenciák érvényesülésének. Nehézséget okozhat még az is, hogy a felmerült problémák esetén az egyén a lehetséges alternatívákat keresési folyamat során állítja elő, s ez végül is csak néhány alternatívát vesz figyelembe. Ekkor az optimalizálás helyett csupán kielégítő döntést hoz, vagyis megoldásként elfogadja az első olyan alternatívát, amelyik számára elegendőnek tűnik.

Az emberekkel való foglalkozás egyik jellemző vonása a másokkal való törődés, amely magában foglalja a felelősségtudatot és az irányítás képességét. Az igazi mással való törődés azt jelenti, hogy az adott foglalkozás betöltője alkalmassága, tudása és felkészültsége alapján segíti a másik embert céljának elérésében.

Ha a foglalkozási szerep betöltőjével szemben támasztott elvárások jelentősen eltérőnek tűnnek a szereppartner megítélése szerint, akkor az többnyire a kapcsolat megszakadásához vezet. Ezért nagyon lényeges a megértés és ennek alapján a szakmai magatartás rugalmas alakítása. Ennek az egyik legszükségesebb feltétele és jellemzője az empátia. Mindezt a szakirodalom a segítő-aktív erőfeszítésként értelmezi, mégpedig anélkül, hogy a segítő elveszítené személyes távlatát (Rogers, 1966).

A munkában a szereppartnernek elismerését nagyban befolyásolja, hogy a pályán dolgozó személy mennyire sajátította el a hivatalos célokat és előírásokat, továbbá hogyan tudja érvényesíteni azokat a más emberekkel való együttműködésében pályatevékenysége során. Ez mindennek előtt a nyitottságot és egyúttal az őszinteséget is megköveteli a viselkedésben. Lényeges még a segítségadás vágya és a határozottság, továbbá a mások iránti érzékenység, s természetesen a személyiség megfelelő érettségi foka, amely elősegíti az önirányítást, valamint fejleszti a kreativitást a kapcsolatok alakításában és a problémák megoldásában egyaránt.

A jogi területeken dolgozók munkájuk során a környezet igen összetett hatásaival találkozhatnak, és ezzel egy időben az elvárás velük szemben rendkívül magas szintű és meglehetősen kritikus. Ugyanis ez a professzió mindvégig dinamikus (pálya)adaptációt kíván, azaz a szakmai feladatok maradéktalan végrehajtását és a pontos munkavégzést várja el a társadalom e foglalkozás betöltőitől.

Összegezve elmondható, hogy a jogi pályákon a *professzionális tevékenység* színvonalas ellátása megköveteli a személy részéről a szakmai ismeretek birtoklását és alkalmazását; a szakterülethez való kedvező viszonyulást; valamint az indítékok és értékek pályakövetelményeknek megfelelő fejlettségi szintjét.

A *dinamikus pályaadaptáció* feltétele a személyiség önszabályozási diszpozícióinak megfelelő mértéke. Így elvárható a pszichovegetatív és az érzelmi kiegyensúlyozottság; a mentális működés szabályozottsága és az információfeldolgozás színvonalának kívánt mértéke.

A *szereppartnerekkel szembeni megfelelő bánásmód* felől közelítve szükséges a felelősségteljes kapcsolatteremtő és –tartó magatartás; a belső feszültség jó szabályozása a társas viselkedés terén; a frusztrált helyzetekben a tolerancia érvényesítése.

A fenti követelményterületek természetesen szoros összefüggésben állnak egymással, s a mögöttük lévő személyiségtartalmak fogják össze, és egyben koordinálják a pályával való azonosulás tényezőit.

*

A téma további kutatása iránti igény napjainkban meglehetősen széleskörű, mivel a jövőben a joghallgatók szakmai felkészítésének jelentős bővítését és továbbfejlesztését eredményezheti a pályára nevelés pszichológiai szempontjainak következetes alkalmazása is.

Megítélésünk szerint a jogi pályákra vonatkozó alkalmazott pályalélektani vizsgálatoknak ki kell terjedniük a szakmai életút egészére. Így a pályára való előkészület (ez a közoktatás időszaka), a szakirányú alap- és továbbképzés (ez az egyetemeken folyó jogi képzés és a szakvizsga), s nem utolsósorban az egész szakmai működés folyamatára szükséges kiterjeszteni a különböző kutatásokat ahhoz, hogy megfelelő előrejelzéseket és folyamatosan megalapozott útmutatásokat tudjunk szolgáltatni a '*jogi pályák*' tervezéséhez, a joghallgatók képzéséhez és a későbbi tényleges szakmai tevékenység minél eredményesebb ellátásához.

A jogi pályákról szóló hiteles tájékoztatás különösen fontossá válik majd az érettségizettek szabad továbbtanulásakor, mivel sok fiatal napjainkban is megfelelő információk híján, szinte mindenféle előzetes pályaismeret nélkül kezdi meg jogi tanulmányait. A szakszerű középiskolai pályaaorientáció eredményeként viszont a jogi pályákra elsősorban a legalkalmasabbak készülhetnének, s ez által folyamatosan biztosítható lenne a színvonalas egyetemi oktatáshoz mind létszámában, mind előzetes felkészültségében a szükséges „ideális hallgatói utánpótlás”.

- BAHRENBERG, R. – KOCH, H. – MÜLLER-KOHLBERG, L.: *Praxis der beruflichen Beratung*. Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 2000.
- BUSSHOFF, L.: *Berufswahl – Theorien und ihre Bedeutung für die Praxis der Berufsberatung*. Kohlhammer Verlag, Stuttgart/Berlin, 1989.
- CSÁSZÁR GYULA: *Pszichoszomatikus orvoslás*. Medicina Kiadó, Budapest, 1980.
- CSIRSZKA JÁNOS: *Pályalélektan*. Gondolat Kiadó, Budapest, 1966.
- CSIRSZKA JÁNOS: A személyiség és az életpálya dimenziója. *Pályaválasztás*, 1982. 4. sz.
- DAHEIM, H. J.: *Der Beruf in der modernen Gesellschaft*. Kiepenhauer-Witsch Verlag, Köln, 1970.
- ERTELT, B. – J.-SCHULZ, W.E.: *Beratung in Bildung und Beruf*. Rosenberger Fachverlag, Leonberg, 1997.
- ERTELT, B. – J.-SCHULZ, W.E.: *Handbuch der Beratungskompetenz*. Rosenberger Fachverlag, Leonberg, 2002.
- FÜRSTENBERG, F.: *Die Freiheit der Berufswahl und das Problem ihrer Verwirklichung*. Hannover, 1967.
- GINZBERG, E.: *Occupational choice: an approach to a general theory*. New York, 1951.
- HELEMBAI KORNÉLIA: Az interakciók személyiségben rejlő feltételeinek vizsgálata szociális pályára irányuló középiskolai tanulók körében. *Acta Universitatis Szegediensis de Attila József nominatae Sectio Paedagogica et Psychologica*, 29. Szeged, 1987.
- HELEMBAI KORNÉLIA: A szociális pályára készülő középiskolai tanulók identifikációs folyamatának elemzése. *Kandidátusi értekezés. Kézirat*. Szeged, 1989.
- HELEMBAI KORNÉLIA: Személyiség szabályozás a pályaidentifikáció folyamatában. *Pedagógiai Szemle*, 1990. 3. sz.
- HELEMBAI KORNÉLIA: Pályafejlődés és személyiség szabályozás. In: *Pályalélektani Tanulmányok* (szerk.: Zakar András) Welfare, Szeged, 1991.
- KOHLI, M.: *Studium und berufliche Laufbahn*. Enke Verlag, Stuttgart, 1973.
- KRUMBOLTZ, J. D.: *Behavior counseling for vocational decisions*. Houghton-Mifflin, Boston, 1973.
- LÜSCHER, K.: *Der Prozess der beruflichen Sozialisation*. Enke Verlag, Stuttgart, 1968.
- MOLNÁR IMRE: Beruf und Arbeit im römischen Recht. In: *Facetten des Wandels*. Bundesanstalt für Arbeit, Nürnberg, 2001.
- MUSGRAVE, P. W.: Towards a sociological theory occupational choice. *The Sociological Review*, 1967.
- RIES, H.: *Berufswahl in der modernen Gesellschaft*. Huber Verlag, Bern, 1970.

- RITOÓK PÁLNÉ: Pályaválasztás – pályaaazonosulás – önmegvalósítás. *Kandidátusi értekezés. Kézirat.* Budapest, 1977.
- RITOÓK PÁLNÉ: *Személyiségfejlesztés és pályaválasztás.* Tankönyvkiadó, Budapest, 1986.
- ROE, A.: *The psychology of occupations.* Wiley, New-York, 1956.
- ROE, A.: *Perspectives on Vocational Development.* Washington, 1972.
- ROGERS, C.: *Client-centered therapy.* Harper-Row, New-York, 1966.
- RÓKUSFALVY PÁL: *Pályaválasztás, pályaválasztási érettség.* Tankönyvkiadó, Budapest, 1969.
- ROSENBERG, M.: *Occupations and values.* Free Press, Glencoe, 1957.
- SUPER, D. E.: A theory of vocational development. *American Psychologist*, 1953.
- SZILÁGYI KLÁRA: Az orvossá válás folyamatának pszichológiai elemzése. *Kandidátusi értekezés. Kézirat.* Budapest, 1982.
- TIEDEMANN, D. V.: *Decision and vocational development: a paradigm and its implications.* Pers. And Guid. J., 1961.
- VÁRINÉ SZILÁGYI IBOLYA: *Fiatal értelmiségiek a pályán.* Akadémiai Kiadó, Budapest, 1981.
- VÖLGYESY PÁL: *A pályaválasztási döntés előkészítése.* Tankönyvkiadó, Budapest, 1976.
- WEINSTEIN, E. A.: Development of interpersonal competence. *Amer. Psychol.*, 1974.
- WOLTERS, U.: *Lösungsorientierte Kurzberatung.* Rosenberger Fachverlag, Leonberg, 2000.
- ZAKAR ANDRÁS: A pályaválasztás fejlődés-lélektani elméletei. *Pályaválasztás*, 1982.
- ZAKAR ANDRÁS: *Pályaválasztási elméletek.* Tankönyvkiadó, Budapest, 1988.
- ZAKAR ANDRÁS: Regionális pályaválasztási koncepció. *PRMKK*, Pécs, 2000.

ANDRÁS ZAKAR

PSYCHOLOGICAL BACKGROUND OF THE LEGAL PROFESSIONS

(Summary)

Legal careers can be classified as classic professions since they belong to one of the oldest group of professions. This is why legal professions and lawyers are looked upon in a special way. Although the characteristics changes in time,

a certain stability can be found in the contents of their activities and in the personal conditions of legal work. The reasons for this can be found both in the internal system of the professional field and in the structure and functioning of the given society.

The attitude to the legal profession has changed recently in Hungary. This is due to the changes in society itself. The interest in pursuing legal professions has been high during the past decade and a half, and this has resulted in the increase in the number of lawyers trained.

It is evident today that psychological preparation could well contribute to the successful training of lawyers besides acquiring their professional knowledge. Thus it would be important to gain a deeper knowledge of the psychological components of the process of becoming a lawyer.

We believe that applied psychological studies for the legal professions should be extended to the whole professional career. So research should be extended to the process of preparation (the period in public education), undergraduate and post-graduate training (university years and the special examinations following). In addition it should extend to the whole professional praxis in order to be able to provide predictions on and scientifically based directions for the planning of legal carriers, including the training of law students and the effective legal work in future years.

Disseminating authentic information on legal professions will be especially important when the secondary school graduates can choose their higher education freely. Even many young people start their legal training lacking adequate information and knowing very little about the profession. However, as a consequence of competent career orientation in the secondary school, only the most suitable students would prepare for legal professions and an ideal student intake would ensure a high quality of university training

ZÁMBÓ GÉZA

A hivatásos gyámság bírálata

Bevezetés

A gyermekek védelméről és a gyámsági igazgatásról szóló 1997. évi XXXI. törvény a gyermekvédelmet új alapokra építette, elsődlegessé vált a gyermek családjában történő nevelése, az alapellátás felértékelődött. A gyermekvédelmi reformintézkedésekkel összefüggésben és azzal egyidejűleg a szakellátásra vonatkozó szabályok is módosításra kerültek, így a nevelésbe vett gyermekek gyámságára (a továbbiakban: gyermekvédelmi gyámság) vonatkozó szabályok is. A jogalkotó megszüntette az intézeti gyámságot és új gyámsági formákat vezetett be. A hivatásos gyámság a reformokat követően felértékelődött, a gyermekvédelmi gyámság egyik meghatározó formájává vált.

Bemutatjuk a hivatásos gyámság történeti fejlődését, elemezzük a jogintézmény bevezetésének körülményeit. Értelmezzük a hivatásos gyámságra vonatkozó eredeti és a hatályos szabályokat, azokat összevetjük. Jelen dolgozat keretében nem tárgyaljuk a gyermekvédelmi gyámság további formáit, a nevelőszülői és a gyermekotthoni gyámságot, mivel azt egy másik tanulmányban dolgozzuk fel.

Kutatásaink az eredeti és hatályos szabályok mellett a fellelhető szakirodalomra épülnek. A gyámhivataloknál és szakszolgálatoknál tett látogatásaink és az ott szerzett tapasztalataink alapozzák meg jogalkalmazói nézőpontú bírálataunkat is.

1. A hivatásos gyámság szabályozásának előzményei

A hivatásos gyámság „előhírnöke” a Zelemérpusztán 1845-ben alapított Árva-nevelő és Gyámintézet létesítéséhez kapcsolódik, mivel ekkor merült fel először, hogy a gondozottak nevelését, oktatását, foglalkoztatását, esetleg vagyonának kezelését hivatásos gyám lássa el. az intézet alapító levele szerint az árva

10–12 éves kortól 22 éves koruk eléréséig számíthattak ellátásukra. Az intézmény mindössze négy évig működött.¹

Az 1877. évi XX. tc. (a továbbiakban: Gyt.) részletesen és időtállóan szabályozta a gyámság intézményét. Rendelkezett a végrendeleti, törvényes és rendelt gyámság mellett – a speciálisnak tekintett – ideiglenes és közgyám intézményéről. A Gyt. az egyéni, magángyámság rendszerét követte, mivel a 42. §-a szerint minden kiskorú részére külön gyámot kellett rendelni.² Kiskorú anyák törvénytelen gyermekeinek alkalmas gyámot, azaz alkalmas személyt kellett kirendelni, ilyen személynek tekintették a tiszti ügyész alügyészét. A Gyt. az intézetek vezetőinek hivatalos gyámságát nem ismerte el, ezért bizonyos feladatok ellátására létrehozták az árvaszék kebelében a gyermekvédelmi osztályt. Az osztály pontos nyilvántartást vezetett a házasságon kívül született gyermekekről, amelynek feladatát képezte még a gyámok segítése, ez különösen a perekhez szükséges adatok és bizonyítékok megszerzésében nyilvánult meg. Melly Béla hivatkozott tanulmányában kifejtette, hogy a törvénytelen gyermekek sorának javítására, különösen jogaik hathatós védelmére a gyámságot „egy kézben” kell egyesíteni és ezt közhivatali jelleggel kell felruházni.³ Az intézmény vezetői gyámság egy kézben való egyesítésére nem volt mód a Gyt. alapján, a székesfőváros a hivatásos gyámság csírájának is tekinthető következő megoldást alkalmazta.⁴

Mivel az árvaszék bármely tagjának kirendelésére nem kerülhetett sor, a székesfővárosban a tiszti ügyész egyik alügyészét rendelték ki hivatásos gyámul – őt tekintették alkalmas személynek –, aki ezt a tisztséget közhivatali jelleggel látta el. A házasságon kívül született gyermekek gyámja tehát az alügyész volt. Később az ügyek számának jelentős emelkedése miatt, az árvaszék a gyakorló ügyvédek közül rendelt hivatásos gyámot. Feladatukat képezte a tartásdíjak biztosítása a természetes apával szemben. A gyámoltak személyes felügyeletét a 27.400/1909. számú igazságügyminiszteri rendelet szerint a fiatalkorúak fel-

¹ STRAUSZNÉ SIMONYI ERZSÉBET: *Gyermek- és ifjúságvédelem*. Comenius Bt. Pécs, 1997. 18. p.

² MELLY BÉLA: *Az árvaszék hivatása a gyermekvédelemben, különösen a házasságon kívül született gyermekek védelmében és a prostitúció elleni küzdelemben*. Budapest, Székesfőváros Házi Nyomdája, 1913. 4. p.

³ A német Polgári Törvénykönyv szintén az egyéni gyámságot szabályozta, de a hatályba lépő törvény 135–136. §-ában lehetővé tette – az egyes tartományok törvényhozásának külön törvénnyel kimondani –, hogy az államigazgatás, vagy felügyelet alatt álló gyermekek gondozásával vagy nevelésével foglalkozó intézetek vezetője vagy hivatalnok a már állásánál fogva legyen gyámja az intézetben elhelyezett gyermekeknek. Az Osztrák Polgári Törvénykönyv novellájának 51. §-a szerint a vagyonatlan kiskorúak gyámjául külön állami közeg vagy a közigazgatás valamelyik közege (Generalvormund=közgyám) rendelhető ki, közjótékonságú intézetekben gondozott kiskorúaknak viszont az intézett vezetője már állásánál fogva lehet gyámja. MELLY BÉLA: i. m. 4. p. és 7. p.

⁴ Melly Béla Budapest székesfőváros árvaszékének elnöke. 1913.

ügyelő bizottságának tagjai, valamint különféle egyesületek tagjai gyakorolták. Melly Béla tehát kizárta a kirendelhető gyámok közül az árvaszék tagjait.

Szokolay harminc évvel később már más álláspontot képviselt, bírálta a korábbi gyakorlatot. Álláspontja szerint a kiskorú anya törvénytelen gyermekének gyámi tisztségére még kevesebb vállalkozó akadt, mint a vagyontalan, törvényes árvák gyámságára. Azon személyek, akik mégis elfogadták ezt a gyámi tisztséget, rendszerint közönyösek vagy tájékozatlanok voltak, így nem tudták kötelességeiket kellően teljesíteni. Szokolay szerint is voltak az önként vállalkozók között tisztí ügyészségnél működő gyakorló ügyvédek, tisztí alügyészek, árvaszéki hivatalnokok. A hivatásos gyám a jogi tennivalókat megfelelő képzettségű segédszeméllyel és esetenként megbízottak útján végezte, a gyámoltak személyi gondozásának felügyeletét a gyám nevében szakképzett védőnők látták el. A szerző mindezekre tekintettel kifejti, hogy kirendelésükre „A házasságon kívül született gyermekek védelme érdekében azon esetekben, amikor megfelelő egyéni gyám nincs, az árvaszék a közigazgatásnak erre önként vállalkozó közegeit rendelte ki gyámul.”⁵

2. A munkásnő-otthonok és a hivatásos gyámság

Az állami selyemfonodák mellett létesített munkásnő-otthonok a gyermekvédelmi rendszer kiegészítő részét képezték. A gyámhatóság támogatta az otthonokban állami gondozásban lévő gyermekeket. Elhatárolták az állami selyemfonodákat és a munkásnő-otthonokat. Nem lehetett azonos személyt mindkét helyen foglalkoztatni. Mindazon esetben, ha az árvaszék az apai hatalmat megszüntette, továbbá az anyát a gyámságtól megfosztotta, a munkásnő-otthonok vezetőjét hivatásos gyámként rendelték ki. A munkásnő-otthonok vezetői, a hivatásos gyámok – évenként egyszer, minden év január hónapban – összesített jelentést készítettek, ebben bemutatták gyámoltjaik személyes állapotát és keresményükről készített elszámolást.⁶

A székesfővárosi árvaszék a házasságon kívül született gyermekek érdekében – annak ellenére, hogy a Gyt. ebben a vonatkozásban nem szabályozott – a tömeges gyámság intézményét tartotta legalkalmasabbnak, ezért az alábbiak szerint rendelkezett:

- a) addig is, amíg a gyámság intézményének reformja a törvényhozás útján megtörténik, a házasságon kívül született gyermekekre nézve a tömeges gyámság intézményét életbe lépteti. A hivatásos gyám 1912. március óta már közhivatali jelleggel működött és már ekkor felmerült a gyámság intézményének reformja.

⁵ SZOKOLAY LEÓ: *Gyámság és gondnokság*. Grill Károly könyvkiadó vállalata Bp., 1940. 35.

⁶ MELLY BÉLA: i. m. 15. p.

- b) a tömeges gyámi tisztek viselésére elsősorban a székesfőváros tisztí ügyérszégénél alkalmazott ügyvédeket hívta fel, másodsorban pedig az arra vállalkozó gyakorló ügyvédek közreműködését vette igénybe és
- c) avégből, hogy ezen gyámi tisztnek egyöntetű és egységes viselése a gyámhatóság és a tömeges gyámok között megállapítandó módon történjék, az árvaszék egyelőre azt tartotta szükségesnek, hogy a gyámok működéséről évenként összesített jelentést tegyenek és a behajtott tartásdíjakról pedig a gyámi törvény vonatkozó rendelkezései értelmében évenként és egyes ügynként okmányolt számadást terjesszenek elő.

3. A hivatásos gyámság a Magánjogi Törvénykönyv tervezet alapján

A magyar királyi igazságügyminiszter által 1928. március 1-én országgyűlés elé terjesztett magánjogi törvényjavaslatot bár nem fogadták el, de rendelkezéseinek alkalmazására sor került. A tervezet 342. §-a rendelkezett a hivatásos gyám kirendelésére vonatkozó szabályokról. Tehát a gyámhatóság erre hivatott közeget rendelték ki hivatásos gyámul, ha a kiskorúak vagyontalanok voltak, házasságon kívül születtek, illetve részükre sem nevezett, sem törvényes gyám nem volt kirendelhető.

4. A hivatásos gyámság bevezetése

A hivatásos gyámság jogintézményt a 10.470/1945. ME (a továbbiakban: ME rendelet) számú rendelet vezette be. „Ha tömegesen merül fel a szükségessége annak, hogy a gyámi tiszt viselésére hivatott, vagy erre alkalmas személyek hiányában a gyámhatóságnak kell gyámot kirendelnie, a gyámhatóság a gyámi tiszt hivatásos ellátására kijelölt személyek közül rendel gyámot (hivatásos gyámság).”⁷ Nem találtunk magyarázatot arra, hogy mit kellett érteni a gyámrendelés tömegesen felmerülő szükségességen, és arra sem, hogy mi okozta az alkalmas személyek hiányát. Berzsenyi Ödön sem magyarázza, csak megemlíti az intézmény bevezetését.⁸ Számunkra nyilvánvaló, hogy az elhagyott, törvénytelen és vagyontalan árvák hivatásos árvák hivatásos gyámságára gondolt a szerző. A jogalkotó álláspontunk szerint is nem a gyámként számba vehető személyek tömeges alkalmatlanságával állt szemben, hanem otthonokban, gyermekintézményekben elhelyezett – elhagyott, törvénytelen, vagyontalan – kiskorúak gyámságát kellett megoldania.

⁷ 10.470/1945. ME 14. § (1) bek.

⁸ BERZSENYI ÖDÖN: *Korszerűsített gyámtörvény*. Irodaszolgálat Kft. Budapest, 1947. 77. p.

A magánjogi törvénytervezetben foglaltakat a jogalkotó a rendelet megalkotásánál figyelembe vette, hiszen fellelhetők azonos elemek, sőt az azonos szóhasználat is szembetűnő.

A gyámot pótló, helyettesítő intézmény alkalmazására a kirendelt gyám akadályoztatása esetén volt lehetőség. „A hivatásos gyám a közgyám intézményétől annyiban különbözött, hogy a közgyámat a község kifejezetten erre a célra alkalmazta, a hivatásos gyám pedig köztisztviselő, hivatali beosztott dolgozó.”⁹

Az ME rendelet módosította a Gyt.-t és hivatásos gyámság formájában rendelkezett a gyámrendelésről azokban az esetekben, ha nem volt kirendelhető alkalmas személy. Közismert tény volt, hogy rászorult gyermekek gondozását, nevelését 1948-ig döntően nevelő családok látták el. Kisebb részben egyházi szervezetekben, árvaházakban biztosították a rászorult kiskorúak gondozását, nevelését.

A hivatásos gyámság a hagyományos gyámság mellett annak intézményesítését – a magángyámság államosítását – is jelentette.

„A hivatásos gyámsággal kapcsolatos eljárási szabályokat a belügyminiszter rendelettel állapítja meg.”¹⁰ A jogalkotó eme rendeletben mindössze az általunk hivatkozott két szakaszt szentelte az új jogintézmény bevezetésének, az utóbbi már csak a felhatalmazást tartalmazta.

5. A hivatásos gyámság rendeleti szabályozásának állomásai

a) A belügyminiszter által kibocsátott 165.550/1948. számú rendeletet 1948. július 13-án hirdették ki (MK 156.). Ebben a rendeletben a hivatásos gyámságra vonatkozóan a belügyminiszter nem rendelkezett, holott „élt” a korábbi felhatalmazása.

b) A hivatásos gyámsággal kapcsolatos szabályokat néhány évvel később utasítás formájában állapította meg a belügyminiszter. A 10/1952. BM számú utasítás (Belügyi Közlöny rendkívüli szám, kihirdetve 1953. január 6., a továbbiakban: BM utasítás) tartalmazta a gyámhatóságok eljárására vonatkozó szabályokat. Jelentőségét emelte, hogy az 1952. évi IV. tv. (a továbbiakban: Csjt.) hatályba lépését követően, ahhoz kapcsolódóan tartalmazott részletező eljárási szabályokat. Kimondta – a Csjt. 93. §-ával összhangban –, hogy a gyámhatóság több kiskorú közös gyámjává az államigazgatásnak erre hivatott közegét is kirendelhetette. Kizáró feltételről is rendelkezett, a gyámügyi előadót hivatásos gyámul nem lehetett kirendelni.¹¹ Nyilvánvaló összeférhetetlenséget kizáró szabályról van szó.

⁹ KATONÁNÉ PEHR ERIKA: *A családjogi törvény magyarázata*. KJK KERSZÖV. Bp., 2002. 1075. p.

¹⁰ Uo. 14. § (2) bek.

¹¹ 10/1952. BM számú utasítás 17. §.

A BM utasítás ugyanis rendelkezett a hivatásos gyám felügyeletéről, aki – a gyámhoz hasonlóan – a gyámhatóság rendszeres felügyelete és irányítása alatt állt. Azokban az esetekben, amikor – a szülő által a kiskorú nevében tett jognyilatkozatok érvényességéhez – a gyámhatóság jóváhagyása volt szükséges, a gyám jognyilatkozata szintén jóváhagyásra szorult.¹² A hivatásos gyám működésére vonatkozóan a BM utasítás további részletszabályokat nem állapított meg.

c) A gyámügyi eljárást 2 évvel később a jogalkotó ismét szabályozta. A 955-84/1954. OM számú utasítás (TK 78. – a továbbiakban: OM utasítás), szó szerint megismételte a hivatásos gyámra vonatkozó korábbi rendelkezést, további részletező szabályt nem tartalmazott.¹³ Mindezekre tekintettel megállapíthatjuk, hogy a gyámügyi eljárás úgy változott, hogy a hivatásos gyám jogállására, működésére, feladataira vonatkozó szabályok változatlanok maradtak.

Az OM utasításban foglaltakat és annak magyarázatát – a Művelődési Minisztérium – 1959-ben kézikönyv formájában is megjelentette. A gyámügyi eljárás kézikönyve a hivatásos gyámsággal összefüggésben az alábbiakat tartalmazza: „Hivatásos gyám az a személy, akit – mint az államigazgatás erre hivatott közegét – több kiskorú közös gyámjává rendel ki a gyámhatóság. Ez jelenlegi gyakorlatunkban igen ritka. Általában minden kiskorú részére külön gyámot rendelnek ki a kiskorúak különböző érdekeire, szellemi fejlettségére, hajlamaira tekintettel. Kivételt csupán testvérek esetében, vagy bizonyos olyan esetekben lehet tenni, amikor több kiskorú érdeke – közös elhelyezésük, nevelésük folytán – nagymértékben megegyezik (Csj eredeti szabályozása szerinti 98. §). Hivatásos gyám kirendelésére akkor is sor kerülhet, ha a gyámsággal járó feladatok egy-egy kiskorú vonatkozásában nem jelentenek túl nagy munkát, s a gyám működése általános ellenőrzésre szorítkozik. Ilyen eset lehet az, amikor több gyámság alá tartozó kiskorú együttesen intézeti nevelésben részesül.”¹⁴

A kézikönyv szerzői a hivatásos gyámságot kevésbé favorizálták, alkalmazhatóságát elsősorban az intézeti nevelésre vonatkoztatták.

d) A 6/1969. (VIII. 30.) MM számú rendelet, a hivatásos gyám személyére vonatkozóan – a korábbi szabályozáshoz képest részben új rendelkezés formájában – mindössze egy kizáró feltételt szabályozott. Hivatásos gyám a gyámhatóság vezetője vagy gyámügyi előadó nem lehetett.¹⁵ Az összeférhetetlenséget volt hivatott ez a rendelkezés megszüntetni. A gyámhatóság vezetőjét is kizárta a kirendelhető hivatásos gyámok köréből, saját magát nyilván nem ellenőrizhette. Álláspontunk szerint az MM rendelet hatályba lépését megelőzően sem lá-

¹² Uo. 30. §

¹³ 955-84/1954. OM számú utasítás 28. §.

¹⁴ SZILÁGYI LÁSZLÓ, BALOGH MIKLÓS, JÁSZVÁRI IRÉN: *A gyámügyi eljárás kézikönyve*. Művelődési Minisztérium, Budapest, 1959. 96. p.

¹⁵ 6/1969. (VIII. 30.) MM számú rendelet 40. § és ld. Csjt. 98. § (3) bek.

tott el hivatásos gyámi feladatot a gyámhatóság vezetője vagy a szerv gyámügyi előadója. A jogalkalmazók ezt a körülményt – a szabályozás hiányában – ebben az időszakban evidenciaként tekintették.

e) Az 1/1974. (VI. 27.) OM számú rendelet (a továbbiakban OM rendelet) szintén a gyámhatósági eljárásról rendelkezett. A hivatásos gyám jogállására vonatkozóan a korábbi szabályozás lényegében továbbra sem változott. Az OM rendelet a tiszteletdíj megállapításának lehetőségével bővítette ki a korábbi szabályozást. A hivatásos gyám részére – ha tíznél több kiskorú (gondnokolt) gyámjául (gondnokául) rendelték ki – részére tiszteletdíj állapítható meg.¹⁶

Az OM. rendelet a korábbi szabályozást vette át, amikor kimondta, hogy – hivatásos gyám – a gyámhatóság vezetője, vagy annak gyámügyi előadója nem lehet.

f) A 12/1987. (VI. 29.) MM (a továbbiakban: MM rendelet) számú rendelet a gyámhatóságokról, egyes gyámhatósági feladatokról és a gyámhatósági eljárásról rendelkezett. A szabályozás új eleme volt, hogy a hivatásos gyám [Csjt. 97. § (3) bek.] feladatait munkaviszonyban, vagy munkavégzésre irányuló egyéb jogviszonyban is elláthatta. Hivatásos gyám nem lehetett változatlanul az államigazgatási szerv gyámhatósági feladatot ellátó dolgozója, továbbá az a személy, aki a kiskorú gyámi tisztnének ellátására volt köteles.¹⁷

Az MM rendelet kimondta, ha a hivatásos gyám feladatait nem munkaviszony keretében látta el – a gyermekek számát és a végzett munkát figyelembe véve, külön jogszabály szerint – részére tiszteletdíjat állapíthattak meg.¹⁸

A tiszteletdíj megállapításánál az 1/1976. (I. 31.) MüM számú rendelet 14. § (1) bekezdésében és a 11/1983. (XII. 17.) ÁBMH számú rendelkezés 1-es számú mellékletében foglaltakat kellett figyelembe venni, alkalmazni.

A hivatásos gyám a tisztséget kirendelés alapján látta el, valójában munkaköri feladatát képezte.

6. A hivatásos gyám jogállása, kirendelése, felmentése

A hivatásos gyámság a közös gyámság sajátos esete, mivel több kiskorú részére történik a kirendelés hivatásos gyám formájában. A hivatásos gyám feladataira általában a Csjt. gyámságra vonatkozó rendelkezései az irányadók.¹⁹

A gyermekvédelmi gyámság alá tartozik az a gyermek, akit átmeneti vagy tartós nevelésbe vettek, továbbá, akit ideiglenes hatállyal nevelőszülőnél vagy

¹⁶ Uo. 41. §.

¹⁷ 12/1987. (VI. 29.) MM számú rendelet 50 § (1) bek. ld. Csjt. 97. § és 100. §.

¹⁸ Uo. 50. § (3) bek.

¹⁹ 1952. évi IV. tv. 98. § (4) bek.

gyermekotthonban, illetve más bentlakásos intézményben helyeztek el, és szülői ellen a szülői felügyelet megszüntetése iránt per van folyamatban.

A hivatásos gyám feladatait közszolgálati jogviszony vagy munkavégzésre irányuló egyéb jogviszony keretében látja el. Katonáné álláspontja szerint életszerűtlen, hogy a hivatásos gyámok személyi alkalmasságukon kívül további mentesítő okokat is vizsgálni szükséges, hiszen közszolgálati jogviszonyban állnak.²⁰

Petrik álláspontja erősíti az előző gondolatot, amikor kimondja, hogy a gyámokat megillető mentességre vonatkozó rendelkezések a hivatásos gyámok tekintetében nem alkalmazhatók.²¹

Hivatásos gyámot kell kirendelni, ha a gyámhivatal az ideiglenes hatállyal elhelyezett, az átmeneti és tartós nevelésbe vett gyermeket más, bentlakásos intézményben helyezte el, vagy ha a nevelőszülő a gyámságot nem vállalja.

Ugyancsak hivatásos gyám kirendelésére kerül sor, ha a szülő hozzájárult gyermeke ismeretlen személy általi örökbefogadásához és a gyermeket ideiglenesen a leendő örökbefogadó szülőnél helyezték el.

A hivatásos gyám maximum 40 gyermek gyámságát láthatja el, munkakörének betöltéséhez felsőfokú szociális vagy pedagógiai szakképzettség szükséges.²² Azokban a megyékben, ahol a nevelőszülők a gyámságot nem vállalják, előfordul a közel 50 fő ellátásának kötelezettsége is átmenetei jelleggel a hivatásos gyámnál.

Az 1997. évi XXXI. törvény (a továbbiakban: Gyvt.) a hatályba lépését megelőzően intézeti nevelésbe vagy állami nevelésbe vett gyermekek ellátásának felülvizsgálatát rendelte el.²³

Ehhez kapcsolódott a 149/1997. (IX.10.) Korm. sz. rendelet (a továbbiakban: Gyer.) szabályozása, amikor kimondta, hogy az intézeti és állami nevelésben lévő gyermek gyámságát – ügyének felülvizsgálatáig – a gyermekvédelmi szakszolgálat vezetője, vagy az általa hivatásos gyámi feladatokkal megbízott munkatársa látja el.²⁴

A hivatásos gyám nincs felruházva a gyermek gondozásával, nevelésével. Akkor jár el, ha a gyermek nevelőszülőnél, vagy a fogyatékosok és pszichiátriai betegek otthonában van elhelyezve.²⁵

A nevelőszülő a gyámság ellátására nem kötelezhető.²⁶ Ebben az esetben szintén hivatásos gyám kirendelésére kerül sor, aki ellátja a kiskorú gyámságá-

²⁰ KATONÁNÉ PEHR ERIKA: *A családjogi törvény magyarázata*. KJK Kerszöv, Bp., 2002. 1075. p.

²¹ PETRIK FERENC: *A családjogi törvény magyarázata*. Közig. és Jogi Könyvkiadó, Bp., 1988. II. k. 412. p.

²² 1997. évi XXXI. tv. 84. § (5) bek.

²³ Uo. 157. § (1) bek.

²⁴ 149/1997. (IX. 10.) Korm. rendelet 172. § (4) bek.

²⁵ Uo. 91. § (1) bek.

²⁶ 1952. évi IV. tv. 100. § (3) bek.

hoz, törvényes képviseléséhez és a vagyonkezeléséhez kapcsolódó feladatokat is.

A Csjt. szabályozza a nevelőszülő és a gyermekotthon vezetője vonatkozásában a gyám kirendelésének kizáró feltételeit.²⁷ Ezekben az esetekben ugyan csak hivatásos gyám kirendelése szükséges.

A hivatásos gyámot a gyermek elhelyezésének joga nem illeti meg, tartózkodási helyét csak a gyámhivatal engedélyével változtathatja meg.

A gyámhivatal hivatalból – továbbá a hivatásos gyám kérésére – eseti gondnokot rendel ki a gyermek képviselésének ellátására, ha a hivatásos gyám, mint törvényes képviselő, a gyermeket Csjt. szerint nem képviselheti.²⁸

A hivatásos gyámot a Területi Gyermekvédelmi Szakszolgálatok (a továbbiakban: TEGYESZ) működteti. A gyám tevékenységét a gyámhivatal felügyeli és irányítja.

A hivatásos gyám feladatait közszolgálati jogviszony, vagy munkavégzésre irányuló egyéb jogviszony keretében látja el.

Álláspontunk szerint ez a megállapítás azért is fontos, mert így teljesen egyértelmű, hogy a hivatásos gyám korábban sem állampolgári kötelességként látta el feladatát. A hivatásos gyámokat a szakszolgálatok működtetik, ugyanakkor a gyámhivatalok felügyelete és irányítása alatt állnak.

A gyámhivatalok különféle jogosítványokkal rendelkeznek:

- hatáskörükbe tartozik a gyám kirendelésével, felmentésével, elmozdításával, ellenőrzésével kapcsolatos érdemi döntés meghozatala;
- a gyám jogkörének korlátozása, vagy egyes intézkedéseinek megváltoztatása;
- a kiskorú vagyoni helyzetéről való elszámoltatás és a számadás elbírálása;
- a kiskorú gyámi betétben lévő pénzeszközeinek eseti felhasználása.

E gyámhivatali intézkedések nyilvánvalóan érintik a hivatásos gyámot foglalkoztató intézmény munkáltatói jogait, viszont összhangban állnak felügyeleti, irányítói jogosítványaikkal.

A hivatásos gyám a működése során felmerült kiadásainak megtérítését a gyermektől nem igényelheti.

Hivatásos gyám – változatlanul – nem lehet a gyámhivatal vezetője, illetve ügyintézője, továbbá az a személy, akinél a bíróság, vagy a gyámhivatal a gyermeket elhelyezte. A összeférhetlenségi szabályokra már korábban is utaltunk, jelen szabályozás a kizáró feltételeket bővítette ki. Nem lehet hivatásos gyám az a személy, akinél a gyámhivatal a gyermeket elhelyezte.

Az átmenetei vagy tartós nevelésbe vett, valamint ideiglenesen elhelyezett gyermekek részére a gyámhivatalnak gyámul elsősorban a nevelőszülőt vagy a gyermeket befogadó gyermekotthon vezetőjét kell kirendelnie. Békés megyei

²⁷ 1952. évi IV. tv. 98. § (2) bek.

²⁸ 1952. évi IV. tv. 90. § (3) bek.

tapasztalatunk az, hogy a nevelőszülő a gyermek gondozásával, nevelésével kapcsolatos feladatokat látja el, a gyámságot viszont nem. Általában tapasztalható olyan megközelítés, hogy ez az ideálisabb megoldási forma, mivel a gyermek nem válhat teljesen kiszolgáltatottá. Az ezzel ellentétes álláspont is jelen van a gyakorlatban, amely szerint a legalkalmasabb, ha a nevelőszülő a gyámi tisztséget is ellátja, érvényesül a közvetlenség és egyáltalán bármilyen szükséges és sürgős intézkedés könnyen megtehető.

A gyám felmentésére, elmozdítására vonatkozó szabályokat a Csjt., a Gyvt., a Gyer. is tartalmaz.

A Csjt. alapján megszűnik a gyámság, ha a gyámság alatt álló meghal, szülői felügyelet alá kerül, vagy nagykorúságát eléri. A gyámi tisztség megszűnéséhez vezet a gyámság megszüntetése, vagy a gyám gyámhivatal által történő felmentése, vagy elmozdítása.

A gyámhatóság a gyámot tisztségéből felmenti, ha a gyám alkalmatlan, vagy maga a gyám kéri azt, vagy utólag keletkezik olyan akadály, ami miatt gyámságot nem viselhet. Felmenti a gyámhivatal a gyámot tisztségéből abban az esetben is, ha a gyermeket máshol helyezi el, vagy a gyermekotthon vezetőjének vezetői megbízása megszűnik.

A gyámhivatal a gyámot tisztségéből elmozdítja szintén a Csjt. értelmében, ha a gyám jogaival visszaél, kötelezettségét elhanyagolja, vagy olyan cselekményt követ el, amely miatt a feladat ellátására méltatlanná válik.²⁹ Ha alaposan feltételezhető, hogy a gyámot tisztségéből el kell mozdítani – és az kétsésemel, veszéllyel jár – a gyámhivatal a gyámot azonnali hatállyal felfüggesztheti.

A Gyvt. alapján történik a hivatásos gyám felmentése. Ha a gyermek gondozási helyének megváltozása miatt kerül sor a hivatásos gyám felmentésére, vagy elmozdítására, a gyámhivatal egyidejűleg új gyámot rendel és szükség esetén meghatározza a gyermek új gondozási helyét.³⁰

Az átmeneti nevelésbevitel felülvizsgálata alapján hozott döntés a gyámság megszüntetéséhez és megszűnéséhez szintén a gyám elmozdításához, felmentéséhez vezethet. Szükség esetén a felmentés végszámadással vagy új gyám kirendelésével is együtt jár. A tartós nevelésbevitel felülvizsgálata szintén eredményezheti a gyám felmentését elmozdítását, vagy új gyám kirendelését.

A gyámot a gyámhivatal kivételesen felmentheti, ha a működése ellen bár kifogás nem merül fel, viszont más személy kirendelése a gyámolt érdekeit tekintve kedvezőbb. Ezt a kivételes szabályt a Gyer. tartalmazza azzal a további kiegészítő rendelkezéssel, hogy a gyám elmozdítása, felfüggesztése esetén haladéktalanul új gyámot kell kirendelni.

²⁹ Uo. 108. § (1) bek.

³⁰ 1997. évi XXXI. tv. 83. § (5) bek.

7. A hivatásos gyám feladatai, azok végrehajtásának sajátosságai

A gyámsággal járó jogok és kötelességek a hivatásos gyámot a gyámhivatal erről szóló határozatának kézbesítésének napjától illetik, illetve terhelik. Előfordulhat, hogy a gyámi teendők megkezdését a szülő gátolja meg azzal, hogy gyermekét ismeretlen helyre viszi. Ebben az esetben szükséges a tartózkodási hely ismételt meghatározása.

A hivatásos gyám a gyámság alatt álló kiskorú ügyeiről általában és bármikor köteles a gyámhivatalnak felvilágosítást adni.

a) A hivatásos gyám szülő-gyermek kapcsolattartásával összefüggő feladatai

A hivatásos gyám feladata a gyámolttal való a kapcsolatépítés, rendszeres és személyes kapcsolattartás. Ennek formája a gyámolt meglátogatása a nevelőszülőnél, vagy a gyermekotthonban, de találkozásaikra más helyszínen is sor kerülhet.

A gyermekvédelmi szakszolgálat készíti el a gyermek egyéni elhelyezési tervét, bevonva a szülőt, a gyermeket, a családgondozót és a hivatásos gyámot. Már ebben kiemelt szerepet kap a gyermek családjával való kapcsolattartás szabályozására tett javaslat. Lehetőség van megjelölni a kapcsolattartás célját, formáját, gyakoriságát, időtartamát, helyét, a kapcsolattartás segítőit és az abból kizárt személyeket.

A hivatásos gyám – legalább félévenként – köteles tájékoztatni az illetékes gyámhivatalt a szülő-gyermek a kapcsolattartásának alakulásáról, a szülőnek az ellátást nyújtóval való együttműködésről.³¹ A hivatásos gyám haladéktalanul jelzi a gyámhivatalnak, ha megítélése szerint a hozzátartozó a kapcsolattartás során a gondozott gyermek személyiségfejlődését hátrányosan befolyásoló magatartást tanúsít. Köteles jelenteni továbbá, ha a jogosult kapcsolattartási jogával a gondozott gyermek vagy az ellátást nyújtó sérelmére visszaél. Amennyiben a szülő önhibájából nem tart a gyermekével rendszeres kapcsolatot a hivatásos gyám kezdeményezheti a gyermek örökbe fogadhatóvá nyilvánítását.

b) A hivatásos gyám képviselőhez, neveléshez kapcsolódó feladatai

A hivatásos gyám a gyermeket nem gondozza, de elősegíti testi, érzelmi, értelmi és erkölcsi fejlődését. Közreműködik nevelésében, közösen választja meg a gyermek életpályáját szülőjével. Az egyéni gondozási-nevelési program jelöli ki a hivatásos gyám konkrét feladatait. Különösen fontos feladata a gyermek családjába történő visszahelyezésének elősegítése.

A hivatásos gyám további feladata a gyermek személyiségfejlődéséről, ellátottságáról, tanulmányi előmeneteléről való tájékozódás, és ezzel összefüggés-

³¹ 15/1988. (IV. 30) NM rendelet 88. § (3) bek. b) pont.

ben a gyámhivatal tájékoztatása. Védi és képviseli a gyermek érdekét az oktatási intézményben, a hatóságok előtt, akár a vérszerinti szülővel szemben, sőt előfordulhat, hogy a nevelőszülővel szemben is.

A hivatásos gyámság előnye, hogy a hivatásos gyám teljes körűen képviseli a gyermeket. Ez alól egy kivétel van. A gyermekjogi képviselő – a gyámhivatal kirendelése alapján – képviseli a gyermeket nevelési felügyelettel kapcsolatos eljárásban. Ez a szabályozás töri meg a hivatásos gyám egységes képviseleti jogkörét.³²

A hivatásos gyámság általában tartós jellegű, így a gyermek képvisellete egy folyamatot jelent. A hivatásos gyám jól ismeri a kiskorú körülményeit. A vagyonkezelés szempontjából az állandóság és az ehhez kapcsolódó kiszámíthatóság lényeges elem, ez biztosítja kiskorú érdekeinek minél hatékonyabb érvényesítését. Más képet mutat az állandóság és a kiszámíthatóság a nevelőszülő esetében, ha nem vállalja a gyámságot, vagy a kiskorú vagyonának kezelését. Ebben az esetben osztott gyámságról beszélünk és nyilvánvaló, hogy a gyámi képviselet is megosztott. A gondozáshoz, neveléshez kapcsolódó képviseletet a nevelőszülő, a vagyonkezeléshez kapcsolódó képviseletet eseti gondnok, vagy hivatásos gyám látja el. Békés megyében általában akkor rendelnek ki eseti gondnokot, ha a hivatásos gyám az ügy bonyolultságára való tekintettel büntetőjogi, bonyolult polgári jogi, kiskorú vagyonát érintő ügyek esetében maga kéri. Szintén Békés megyei tapasztalat, hogy a kórházi kezelésben részesített kiskorút a gyógyulását követően a hivatásos gyámnak adják ki. Egyszerűsítendő a helyzetet, ha a nevelőszülők is átvehetnék a gyermeket.

Eseti gondnok – ügyvéd – kirendelése esetén csak a konkrét felhatalmazás, és az adott ügy elintézésére szorítkozik a képviselet, nem biztos, hogy az ott született döntés a vagyonkezelés folyamatába jól beilleszkedik és a legoptimálisabb érdek-érvényesítést fogja biztosítani.

c) A hivatásos gyám vérszerinti családjába történő visszahelyezéséhez kapcsolódó feladatai

A gyermek hazagondozására – mint alapelvszerű követelményre – a gyermekvédelmi gyámságra vonatkozó szabályozás számos területén találunk egymásra épülő rendelkezéseket.

A Gyvt. alapján a gyermek alapvető joga, hogy saját családjában nevelkedjen.

A Gyvt. a gyermek gondozási helyének meghatározásánál is rendelkezik a gyermek vérszerinti családjába való visszakerülésének előmozdításáról, amikor ennek érdekében elhelyezési értekezlet összehívását rendeli el. A Gyer. ki-mondja, hogy az egyéni elhelyezési terv célja a gyermek saját családjába történő visszahelyezésének elősegítése. Erre épül a terv.

³² 1997. évi XXXI. tv. 11/A. § (2) bek. e) pont.

A 15/1998. (IV. 30.) NM rendelet már az alapellátás keretén belül részletezi a családjából kiemelt gyermek visszahelyezésének feltételeit, azaz a családgon-dozó ezzel összefüggő konkrét feladatait.

Álláspontunk szerint a jogalkotó sokoldalúan rendelkezett a hivatásos gyám – a kiskorú vérszerinti családba történő visszahelyezéséhez – kapcsolódó feladatairól. A hivatásos gyámnak folyamatosan vizsgálnia kell ennek lehetőségét. A gyermekvédelemben, az alapellátás és a szakellátás szintjén, a fenti cél eléré-se érdekében szükséges együttműködésre is számos helyen találunk konkrét szabályokat. Más kérdés, hogy a jogalkalmazás terén a kívánt együttműködés miként valósul meg a gyermekvédelem sokszereplős résztvevői körében.

d) A hivatásos gyám vagyonkezeléssel összefüggő feladatai

A mindennapi élet szokásos ügyeinek intézésétől kezdve a vagyonkezelés sajátos szakértelmet igénylő feladatáig a gyámi teendők rendkívül széles skálán mozognak. Különleges szakértelmet igénylő ügyekben a gyermekvédelmi gyámok és a gyermekotthonok vezetői mentesülhetnek a feladat ellátása alól. Előfordul, hogy a hivatásos gyám kéri eseti gondnok kirendelését a fenti okok miatt. Nem ez a jellemző, mivel a gyámoltak többnyire nem rendelkeznek jelentős vagyonnal.

Általános szabály, hogy a gyám vagyonkezelésre vonatkozó felhatalmazása a vagyon egészére, vagy az ügynek meghatározott csoportjára vonatkozhat. A gyám joga és kötelessége, hogy védje a gyermek érdekeit, gondoskodjon a vagyona megfelelő hasznosításáról és a rendes vagyonkezelés szabályai szerint intézze ügyeit. A gyám a gyermek vagyonát leltár alapján veszi át.

A Gyer. rendelkezik a hivatásos gyám vagyonkezeléséről. Így egyebek között kiskorú ingatlan tulajdonához, vagy lakásbérletéhez, pénzkezeléséhez kapcsolódóan tartalmaz részletszabályokat. A vonatkozó szabályok kifejtése mellett ismertetjük a jogalkalmazás szintjén szerzett tapasztalatainkat is.

Általános jelenség, hogy a gyámoltak tulajdonát képező ingatlanok, lakások egyrészt lakottak, másrészt „lelakottak”, felújításra szorulnak. Hasznosításuk a fenti okok miatt nehézségekbe ütközik. További problémát jelent, hogy a közüzemi tartozások miatt a szolgáltatók nem biztosítják a – villany, víz, gáz – szolgáltatásokat. A hivatásos gyámnak mindenekelőtt intézkednie kell a díjhátalékok törléséről, befizetéséről. Ezt követően kell a hivatásos gyámnak az ingatlant vagy a lakást olyan műszaki állapotba hoznia, hogy az bérbe adható, hasznosítható legyen. Sajnos, előfordul olyan eset is, hogy a hivatásos gyám hónapokig nem tudja kiadni a lakást, megfelelő igény hiányában. A kiskorú vagyonának hasznosítása sok esetben ezért nem kellő hatékonyságú. Sokszor bírálattal illetik a hivatásos gyámot, hogy piaci értéken alul tervezi bérbe adni az ingatlant vagy a lakást. Ilyenkor szembesül a hatóság – helyszíni szemle alapján – azzal, hogy valójában milyen rossz állapotú az ingatlan.

Problémát okoz a gyakorlatban a kiskorú földingatlanának bérbe adása, különösen abban az esetben, ha az osztatlan közös tulajdonban van.

A hivatásos gyám a Gyvt.-ból adódó feladata, hogy köteles az otthonteremtési támogatás, vagy az utógondozói ellátás iránti igényt benyújtani és annak kezelését folyamatosan ellátni.

A gyám számadására vonatkozóan szintén részletes szabályozással találkozunk. A számadás alapját a leltár, tartalmát a bevételek és a kiadások képezik. A számadást – az előző évre vonatkozóan – minden év február 15-éig köteles a gyám a gyámhivatalhoz benyújtani. A gyámhivatal a számadást felülvizsgálja és ha azt megfelelőnek tartja, elfogadja. A hivatásos gyám eseti számadásra is kötelezhető. A gyámhivatal a számadást felülvizsgálja, és ha az megfelelő, akkor elfogadja. Elvértve találkozunk olyan esettel, amikor a számadás kapcsán a gyámhivatal kifogást emel. Ilyenkor általában a számla nem eredeti volta a kifogás tárgya. A gyámolt részére – nagykorúságának elérése pillanatában – a hivatásos gyám végszámadást készít, ilyenkor a hivatásos gyám vagyonkezelői joga megszűnik. Ha a gyámság megszűnésével a gyermek ismét szülői felügyelet alá kerül, vagy a gyám személye változik, akkor a számadást a gyámhivatalhoz kell benyújtani. Végelszámolást nem a gyámhivatal felé, hanem a nagykorúvá vált személynek tartozik a hivatásos gyám előterjeszteni, ha a gyámság a gyermek nagykorúvá válása miatt szűnik meg. Ebben az esetben sem gyámhatósági, sem fenntartói kontroll vagy ellenőrzés – hivatásos gyám tekintetében – nem érvényesül. Álláspontunk szerint – ebben a tekintetben – nem kellően kidolgozott a szabályozás. Az elszámolást a hivatásos gyám felettese még csak nem is láttatja. Másfelől hiányzik olyan alapvető záradék megkövetelése, ami azt bizonyítaná, hogy a kedvezményezett az elszámolást tudomásul vette, egyetért vele és az abban foglaltakat átvette.

A gyámolt valamennyi jogügylete a gyámhivatal engedélyéhez, jóváhagyásához kötött. Véleményünk szerint is ez elengedhetetlen feltétel. Ugyanakkor a gyámi kötöttségek miatt a vagyonhasznosítás helyett inkább csak a „vagyonmegőrzés” tapasztalható. Sommásnak tűnhet ez a megállapításunk, de sajnos sok esetben helyénvaló.

e) A hivatásos gyám tájékoztatási kötelezettségéhez kapcsolódó feladatok

A hivatásos gyám ellátogat a nevelőszülőhöz, vagy a gyermeket gondozó intézetbe, ott beszélgetést folytat a gyermekkel, gondozójával és nevelőjével. Az intézet vezetője a hivatásos gyám rendelkezésére bocsátja a gyermekről készített pedagógiai és pszichológiai véleményt. A közvetlenül és közvetett formában beszerzett információk nyújtanak segítséget a kiskorúról összeállításra kerülő helyzetkép kialakításához.

A hivatásos gyámok jelentéseiket adatlapokon készítik el és nyújtják be. Az adatlapok kérdéseket tartalmaznak. Ezzel a módszerrel biztosítják, hogy a hivatásos gyámok jelentései egységes szempont alapján készüljenek el. A jelentések

magukban rejtik az uniformizálást és a sematizmust is. A kérdések ugyanazok, de az ügyek és a problémák különbözőek.

Az ún. „macis lapok” fejezetekre és pontokra tagolódnak. A gyermekvédelmi gyámság vonatkozásában 7. számú adatlapot vesszük górcső alá. A 7. adatlap I. fejezete a kiskorú személyes találkozásait rögzíti. Ebben szerepel az, hogy a kiskorú milyen időpontban kivel találkozott és erre a találkozásra hol – iskolában vagy más helyszínen – került sor. A II. fejezet tartalmazza a látogatáson szerzett tapasztalatok összegzését. A hivatásos gyámnak az adatlapon néhány sor áll rendelkezésére, hogy tömören közölje ezzel kapcsolatos gondolatait. Egy konkrét jelentés erre vonatkozó megállapítása: „A kislány nyitott, barátságos természetének köszönhetően könnyen beilleszkedett új családjába. Az iskolában is befogadták, sok barátot szerzett. Jól tanul, szorgalmas és igyekvő. Az osztályfőnöke is csak dicsérően szólt róla.”³³

Ezt követően a hivatásos gyámnak ki kell térnie arra, hogy milyen változások tapasztalhatók a gyermek körülményeiben elhelyezése, illetve az utolsó helyzetértékelése óta. Az adatlap ebben a vonatkozásban is segítséget nyújt a hivatásos gyámnak. A kérdések is adottak, és a válaszadásnál csak a megfelelő rovatokat kell kitölteni. A kiskorú egészségi, érzelmi állapotára, viselkedésére, külső megjelenésére irányulnak a megválaszolandó kérdések. Ebben a fejezetben kell utalnia a hivatásos gyámnak a gyámolt tanuláshoz, munkához vagy játékhoz való viszonyára is.

A helyzetértékelés következő eleme a gyermek kapcsolatának alakulását minősíti. Ezen a helyen elsősorban a szülői és rokoni kapcsolattartásra korlátozódik a hivatásos gyám értékelése. Különösen fontos annak a körülménynek a kiemelése, hogy realizálódik-e a szülői kapcsolattartás. Ha a szülő ezzel a joggal nem él – mint korábban jeleztük – ez a kiskorú örökbeadhatóságát eredményezheti. Bács–Kiskun megyéből egy hivatásos gyám konkrét jelentésének idevonatkozó megállapítása: „Az édesanya elhalálozott, az édesapa egyáltalán – többszöri felszólítás ellenére – sem látogatja gyermekét, nem tart kapcsolatot.”

Az adatlap további részében fel kell tüntetni azokat a változásokat, amelyek a gyermek családjában, körülményeiben álltak be. A hivatásos gyámnak a szülők egészségi állapotára, munkavégzésére, életvitelére, családi kapcsolatára, anyagi helyzetére, lakáskörülményeire vonatkozóan is ki kell térnie. Sajnálatos, hogy ezek a rovatok általában üresen maradnak, mivel a szülők körülményeit a hivatásos gyám kevésbé ismeri, nem ő a családgondozó, és az alapellátás családgondozójával sincs érdemi kapcsolata, vagy az felszínes. A család körülményeinek kedvezőbbé tételéhez szükséges eszközökkel sem rendelkezik. Megállapításunk szerint alig történik kedvező változás a gyermek családjának körülményeiben. Mindezekre tekintettel kevés az esély arra, hogy a gyermek mielőbb visszakerüljön vérszerinti családjába. Bács–Kiskun megyében 135 gyermek gondozásba vételére került sor, vérszerinti családjába mindössze kilenc fő ke-

³³ Hivatásos gyám jelentése Kiskunhalas Városi Gyámhivatalhoz (2002. évben).

rült vissza.³⁴ Tehát egy nagyon lényeges szempont – azaz a vérszerinti család körülményeinek értékelése – szinte formálisnak tekinthető, így a hivatásos gyám nem rendelkezik kellő információval. Az alapellátás és a szakellátás nem kellő együttműködése hátráltatja adott esetben a gyermek vérszerinti családjába történő visszakerülését.

Ezt követően az adatlapon azokat a változásokat kell feltüntetni, amelyek a gyermeket gondozó helyettesítő vagy nevelő családjában következtek be. A kérdések azonosak a vérszerinti családnál ismertetett kérdésekkel. A vérszerinti családnál szintén az említett szempontokat tartalmazza az adatlap.

Majd arra kérdez rá az adatlap, hogy volt-e jelentős konfliktusa a hivatásos gyámnak a gyermekkel. Tulajdonképpen – egy feladatlaphoz hasonlóan – eldöntendő kérdésről van szó, mivel nincs is megfelelő hely az adatlapon biztosítva a konfliktus illetve annak feloldására vonatkozó szöveges értékelés kifejtésére. Az adatlap III. fejezetében a következtetések és javaslatok megfogalmazására van mód. A javaslatok kifejtésére is részben igennel és nemmel válaszolhat a hivatásos gyám. Ezen eldöntendő kérdések „szükség van-e a gyermekkel kapcsolatos hosszú távú terv módosítására, elhelyezésének megváltoztatására.” Ugyancsak eldöntendő kérdésként szerepel az adatlapon az egyéni elhelyezési, gondozási, nevelés terv módosítására, kiegészítésére, vagy azonnali intézkedésre vonatkozó jelzés igen vagy nem formájában.

Végül a helyzetértékelést végző javaslatát tartalmazza az adatlap. Mintegy fél oldalban teheti meg javaslatát a hivatásos gyám. Például egy konkrét ügyben az alábbi javaslattal találkoztunk: „Javaslom, hogy a kislány továbbra is maradjon a jelenlegi gondozási helyén, ahol minden adott testi, lelki fejlődéséhez.”³⁵

A hivatkozott jelentésben sajnós az már nem volt kifejtve, ütköztetve, hogy a vér szerinti családjában a kiskorú testi, lelki fejlődéséhez a feltételek biztosítottak-e vagy sem.

A hivatásos gyámok és a gyámhivatalok ügyintézői körében vannak olyan személyek, akik kedvelik az ún. „macis lapok” formájában történő jelentéseket, vannak viszont, akik kevésbé tartják jónak a jelentések jelenlegi formáját. Többlitmunkát jelent a kevésbé releváns kérdésre adható válaszok megadása, ugyanakkor az ügy sajátosságainak kifejtésére kevésbé van mód.

Az adatlapok számítógépes feldolgozása és nyilvántartása ma még nem megoldott, postai úton történik továbbításuk.

Nem teljes körű az adatlapok „cseréje” a gyermekvédelemben dolgozók és az adatszolgáltatásra kötelezettek körében. Meglátásunk szerint az adatlapokban szerepeltetett kérdések felülvizsgálata esedékes – tudomásunk szerint folyamatban is van –, de azok számítógépes feldolgozása még fontosabbnak tűnik, időszerűbb feladat.

³⁴ Bács-Kiskun Megyei TGYSZ igazgatójának 2001. évi jelentése.

³⁵ Lásd az előző hivatkozott gyámi jelentést.

8. Összefoglaló megállapításaink a hivatásos gyámság tekintetében

A hivatásos gyám a gyermekvédelmi gyámság nélkülözhetetlen résztvevője, operatív – pontosan meghatározott – feladatokat lát el. Létszámuk a gyermekvédelmi reformot követően jelentősen emelkedett. Statisztikai adatok bizonyítják, hogy 1998. évben 568 fő kiskorú, 1999-ben 1453 fő kiskorú, 2002-ben pedig 4384 fő kiskorú gyámságát látták el a hivatásos gyámok. Viszonyítási alapot jelent, hogy 2002-ben 28.515 fő volt a gyámság alatt állók száma; ebből – a hivatásos gyámoltakon kívül – családba fogadással 5162 fő, harmadik személy 7244 fő, nevelőszülő 5305 fő, míg gyermekotthon vezetője 6420 fő kiskorú gyámságát látta el.

Véleményünk szerint lényeges, hogy a szakszolgálatoknál egy felkészült „profi” hivatásos gyámi kollektíva álljon rendelkezésre és lásson el feladatokat. A hivatásos gyámok, eltérően a tanácsadóktól, – nevelőszülői, illetve gyámi tanácsadó – szigorú felelősségi szabályok szerint végzik munkájukat. Ez megnyilvánulhat a polgári jogi, azaz kártérítési, adott esetben büntetőjogi és munkajogi felelősség formájában is. Ha a gyámi tanácsadó téves tanácsot ad, és ezzel a gyámoltak kárt okoz, feltehetően azért a gyám felel – akár saját vagyonával is – nem pedig a tanácsadó.

A hivatásos gyám bármilyen kérdésben – nevelőszülői tanácsadói feladataival összefüggésben is – konzultálhat a nevelőszülővel és adhat tanácsokat. A problémát az okozza, hogy sokszor a nevelőszülő nem tud kellően eligazodni a nevelőszülői tanácsadótól, gyámi tanácsadótól, esetenként az eseti gondnoktól, hovatovább a hivatásos gyámtól kapott tanácsok és információk alapján kialakult helyzetben.

Megítélésünk szerint a hivatásos gyámok és a nevelőszülői tanácsadók munkájának kellő összehangolása nem mindig valósul meg, együttműködésük nem folyamatos. A hivatásos gyám és az alapellátásban tevékenykedő személyek között az együttműködés még inkább esetleges, amint erre már az adatlapok bírálatánál is utaltunk.

Nem megoldott a hivatásos gyámok helyettesítése a gyakorlatban. Tartós szabadságuk időtartama vagy más akadályoztatásuk esetén a gyámoltal való kapcsolat teljesen szünetel. Megoldás jelenthet a gyakorlatban, hogy a gyámok – szabadságuk ellenére – legalább mobiltelefonon elérhetők, „kéznél” vannak. A felmerülő probléma megoldása érdekében végül is a gyámhivatal eseti gondnokot rendel ki.

A hivatásos gyámok feladatai sokrétűek, teljes körű felsorolásuk nem is lehetséges a felmerülő problémák sokszínűsége miatt. A leggyakrabban – az említett feladatokon kívül – műtéthez, abortuszhoz adnak hozzájáruló nyilatkozatot, de útlevélkérelemhez, más gyámoltal kapcsolatos bizonyítványok kiadásához szintén nélkülözhetetlen közreműködésük.

Végezetül megjegyezzük, hogy a gyermekvédelmi reform folyamatában a hivatásos gyám működésével összefüggésben találkozunk teljesen eltérő – sok esetben szélsőséges – álláspontokkal.

A Heves megyei Gyámhivatal vizsgálati jegyzőkönyve az alábbi kitélt is tartalmazza: „A hivatásos gyámok előtérbe helyezése – a gyámságot vállaló nevelőszülővel szemben – nem szolgálja a gyermek érdekét, ha egyébként a nevelőszülő alkalmas a feladatra „A gyámhivatalnak élni kell mérlegelési jogával, amikor dönt a gyám személyéről és a kérelemmel ellentétes rendelkezést indokolnia kell.”³⁶

A fővárosi szakszolgálatnál inkább a profi hivatásos gyámságot helyeznék előtérbe. A nevelőszülői gondozás esetén viszont az osztott gyámságot favorizálnák. Hallani olykor olyan szélsőségesnek tűnő véleményt is –, ha a nevelőszülő a gyámság valamennyi elemét ellátja – hogy a gyermek ebben az esetben teljesen kiszolgáltatottá válik. Sajátos helyzetet teremt, ha a nevelőszülői jogviszony egy „burkolt” örökbefogadást takar.

Bács-Kiskun megyében a szakszolgálaton belül a hivatásos gyámok és az utógondozók önálló csoportot alkotnak. A szakszolgálatnál 11 hivatásos gyámot foglalkoztatnak, akik 432 kiskorú gyámságát látják el. Ez megfelel a jogszabály által szabott létszámnak. A Békés megyei szakszolgálatnál az utógondozókat a nevelőszülői tanácsadó csoporthoz tervezik rendelni. A jövőre vonatkozóan favorizálják a nevelőszülők gyámul történő kirendelését és ezáltal a hivatásos gyámok terheinek csökkentését, azaz munkájuk érdemibbé tételét.

Heves megyében és Békés megyében inkább a nevelőszülői gyámságot helyezik előtérbe, míg a Fővárosi Szakszolgálatnál ideálisnak azt tekintik, ha a nevelőszülő mellett a gyámi feladatokat a hivatásos gyám látja el.

A hivatásos gyámságot a hatályos szabályozás alapján a jogalkalmazók a gyermekvédelmi gyámság esetében elengedhetetlen intézményként alkalmazzák.

Irodalom

- BERZSENYI ÖDÖN: *Korszerűsített gyámtörvény*. Irodaszolgálat Kft. Budapest, 1947.
- KATONÁNÉ PEHR ERIKA: *A családjogi törvény magyarázata*. KJK KERSZÖV, Bp. 2002.
- MELLY BÉLA: *Az árvaszék hivatása a gyermekvédelemben, különösen a házasságon kívül született gyermekek védelmében és a prostitúció elleni küzdelemben*. Budapest Székesfőváros Házi Nyomdája, 1913.

³⁶ Lásd Heves megyei Gyámhivatal 2001. évi vizsgálati jegyzőkönyv.

- PETRIK FERENC: *A családjogi törvény magyarázata*. Közg. és Jogi Könyvkiadó, Bp., 1988. II. k.
- STRAUSZNÉ SIMONYI ERZSÉBET: *Gyermek- és ifjúságvédelem*. Comenius Bt. Pécs, 1997.
- SZILÁGYI LÁSZLÓ – BALOGH MIKLÓS – JÁSZVÁRI IRÉN: *A gyámügyi eljárás kézikönyve*. Művelődési Minisztérium, Budapest, 1959.
- SZOKOLAY LEÓ: *Gyámság és gondnokság*. Grill Károly könyvkiadó vállalata, Bp., 1940.

GÉZA ZÁMBÓ

DIE KRITIK DER BERUFSVORMUNDSCHAFT

(Zusammenfassung)

Der Berufsvormund ist ein unentbehrlicher Teilnehmer der Kinderschutzvormundschaft. Wir halten es für wichtig, dass ein Kreis von gut ausgebildeten Berufsvormündern die Vormundschaftsaufgaben bei den Fachdiensten besorgt. Es ist notwendig, die Zusammenarbeit der Berufsvormünde mit dem Familienfürsoger, dem in der Grundversorgung tätigen Vertreter des Kinderwohlfahrtsdienstes, aber innerhalb des Fachdienstes auch mit dem pflegeelterlichen Berater zu stärken. Die Vertretung der Berufsvormünde ist nicht gelöst. Während ihrer Verhinderung oder ihres Urlaubs ruht ihr Kontakt zu dem Mündel. Das Problem kann mit Bestellung eines vorläufigen Pflegers gelöst werden, aber wir würden es für viel sinnvoller halten, wenn man – ähnlich wie in anderen Ländern – das Rechtsinstitut des stellvertretenden Vormundes einführen würde. Gleichzeitig mit der Bestellung des Berufsvormundes sollte man den ihn vertretenden Vormund bestimmen, der ihn bei seiner Verhinderung vertritt.

Die Übergabe und Übernahme der Aufgaben würde auf dem Jugendamt erfolgen. Der stellvertretende Vormund würde nur in den unverschiebbaren Angelegenheiten des Mündels die Ermächtigung erhalten. Nach Ablauf seiner Beauftragung müsste er über diese Aufgaben berichten.

Die pflegeelterliche Vormundschaft ist die engste Form zu dem Kind und sie nähert sich am besten der individuellen oder privaten Vormundschaft. Es kann für die Minderjährigen die ideale Lösung sein, aber es ist vorstellbar, dass im Falle eines einzigen Pflegeelternteils das Kind völlig ausgeliefert sein wird. Wenn sich hinter der pflegeelterlichen Vormundschaft eine Adoption verbirgt, kann vorkommen, dass sie das Kind von den leiblichen Eltern isoliert und verfremdet. Deshalb wäre im Falle der pflegeelterlichen Vormundschaft eine

strenge Kontrolle der Vormünder notwendig. Für diese Arbeit sollen Vormundberater besser vorbereitet werden. Vormünder, die ein Kinderheim leiten, sind laut Skeptiker „mini“ Anstaltsvormünder. Sie können die unmittelbar von der Rechtsregel vorgeschriebene Vormundschaft von 40 Kindern unmöglich besorgen. Diese Tätigkeit üben sie mit Hilfe ihrer Mitarbeiter aus. Neben ihrer vielfältigen Führungsarbeit würden sie von der Vermögensverwaltung ihrer Mündel absehen. Nach Erfahrung lassen sie es deshalb von früheren Vermögens-verwalter durch Beauftragung besorgen.

Man könnte diese Praxis legalisieren.

MOLNÁR IMRE TUDOMÁNYOS MUNKÁINAK JEGYZÉKE

Monográfia

1. Fejezetek a klasszikus kori locatio conductio köréből. Acta Jur. et Pol. Szeged, Tom XXIX. 1982. 3–96. p.
2. Verantwortung und Gefahrtragung bei der locatio conductio zur Zeit des Prinzipats. Aufstieg und Niedergang der römischen Welt. Teil. II. Band 14. (Berlin-New York, 1982) 583–680. p.
3. System der Verantwortung im römischen Recht der späteren Republik. in: BIDR 92-93, Milano, 1989–90. 545–615. p.
4. A római magánjog felelősségi rendje. Szeged, 1993. 252 p.
5. Die Haftungsordnung des römischen Privatrechts. Szeged, 1998. 216 p.

Tankönyv

Molnár I. – Jakab É.: Római jog. Szeged, 2001¹, 2003², 2004³. 464 p.

Folyóirat- és könyvcikk

1. Jogtörténeti és Római jogi Nemzetközi Munkaértekezlet Szegeden. Magyar Jog, Budapest 17/1971. 251–255. p.
2. A római jog nemzetközi megítélése. Jogtudományi Közlöny, Budapest 25/1971. 436–443. p.
3. A római jog oktatásának időszerű kérdései a szocialista államokban. Felsőoktatási Szemle, Budapest 20/1971. 150–155. p.
4. A vállalkozói és munkabérszerződés alanyainak felelőssége és veszélyviselése a római jogban. Acta Jur. et Pol. Szeged, Tom. XXI. Fasc. 2. 1974. 1–49. p.
5. Gefahrtragung beim römischen Dienst- und Werkvertrag. Labeo (Napoli) 1975. 23–44. p.
6. A szerződés megszűnésének okai és a felmondási jog kérdése. Acta Jur. et Pol. Szeged, Tom. XXVI. 1979. 1–13. p.
7. Állami beavatkozási kísérletek a haszonbérlet körében a klasszikus római jogban. Acta Jur. et Pol. Szeged, Tom. XXVII. 1980. 211–224. p.
8. Subjekte der locatio conductio. St. in onore di Cesare Sanfilippo II. Milano, 1982. 413–430. p.
9. Objekt of locatio conductio. Bull. Dell'istituto di diritto romano. Milano, 1982. 127–142. p.

10. A vis maior eredete és fejlődése a preklasszikus és klasszikus római jogban. Antik Tanulmányok (Studia Antiqua) XXIX. 2. szám. Budapest, 1982. 179–198. p.
11. Periculum emptoris a klasszikuskori római jogban. Jogtörténeti Tanulmányok V. Budapest, 1983. 180–200. p.
12. The Social Determination of Lease Relations and the Social Programs Arising from that in the Ancient Rome. (Studia in honorem L. Nagy) Acta Jur. et Pol. Szeged, Tom. XXXI. 1984. 223–229. p.
13. Rechte und Pflichten der Subjekte der locatio conductio. Index 12. Napoli, 1983–84. 157–188. p.
14. Die Ausgestaltung des Begriffes der vis maior im römischen Recht. IURA 32 Napoli, 1981. [1984] 73–105. p.
15. Periculum emptoris im römischen Recht der klassischen Periode. Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino. Napoli, 1984. 2227–2255. p.
16. Alfenus Varus iuris consultus. (Studia in honorem V. Pólay) Acta Jur. et Pol. Szeged, Tom. XXXIII. 1985. 311–328. p.
17. A dologbérlő felelőssége a római jogban. Jogtörténeti Tanulmányok VI. Budapest, 1986. 253–269. p.
18. A társadalmi viszonyok változásainak tükröződése a preklasszikus római jogban. Jogtudományi Közlöny 41. Budapest, 1986. 285–293. p.
19. Az archaikus jog felelősségi rendje. (Studia in honorem Roberti Horváth) Acta Jur. et Pol. Szeged, Tom. XXXVI, 1986. 131–144. p.
20. Le cause di estinzione del contratto e il problema dell' esistenza del diritto di disdetta nella „Locatio-conductio”. Labeo Napoli, 1986. 298–309. p.
21. In memoriam Károly Visky IURA 34 Napoli, 1983. [1987] 207–209. p.
22. Die Frage der Gefahrtragung und des Eigentumsüberganges beim Kauf. In: Index. Napoli, 1987. 57–75. p.
23. Erfolgshaftung oder ein typisierter dolus malus im archaischen römischen Recht. Bullettino del Istituto di Diritto romano. Milano, 1987. 27–43. p.
24. A preklasszikus jog felelősségi rendje. (Sudia in honorem E. Szilbereky) Acta Jur. et Pol. Szeged, Tom. XXXVII. 1987. 171–210. p.
25. A posztklasszikus és a juszteniánuszi korszak felelősségi rendszere. (Meznerics Iván Emlékkönyv) Acta Jur. et Pol. Szeged, Tom. XXXVIII. 1988. 187–200. p.
26. A custodia felelősség tartalmi elemei a klasszikus római jogban. (Antalfy György Emlékkönyv). Acta Jur. et Pol. Szeged, Tom XXXIX. 1990. 149–160. p.
27. Culpa-fogalom a klasszikus római jogban, különös tekintettel a szerződésen kívüli és a stricti iuris szerződéseknél keletkezett károk esetére. (In memoriam Dr. Kovács István) Acta Jur. et Pol. Szeged, Tom. XL. 1991. 225–244. p.

28. A culpa kérdése a bonae fidei szerződéseknél a klasszikus római jogban. (Cséka Ervin Emlékkönyv) Acta Jur. et Pol. Szeged, Tom. XLVI. 1992. 341–354. p.
29. Der Haftungsmaßstab des pater familias diligens im römischen Recht. Vorträge gehalten auf dem 28. Deutschen Rechtshistorikertag Nijmegen 23. bis 27. September 1990, Nijmegen, 1992. 23–31. p.
30. A római magánjog rendszere és annak hatása a modern európai magánjogok rendszereire. (Kemenes Béla Emlékkönyv) Acta Jur. et Pol. Szeged, Tom XLIII. 1993. 269–286. p.
31. A Gaius-féle Institutio rendszer. (Degré Alajos Emlékkönyv) Budapest, 1995. 181–195. p.
32. Társadalmi változások és a szellemi áramlatok hatása az egyes felelősségi fogalmak kialakulására az ókori Rómában. Jogtudományi Közlöny, Budapest, 1995. 4. sz. 179–183. p.
33. A magánjog fejlődésének útja a köztársasági Rómában. Alkotmány és jogtudomány. (Dr. Szabó József professzor emlékére) Acta Jur. et Pol. Szeged, Tom. XLVII. 1996. 71–77. p.
33. Büntető- és büntetőeljárásjogi alapelvek római jogi előzményei. (Tokaji Géza Emlékkönyv) Acta Jur. et Pol. Szeged, Tom. XLVIII. 1996. 167–181. p.
33. Die Haftungsordnung des römischen Privatrechts. (Szentpéteri István Emlékkönyv) Acta Jur. et Pol. Szeged, Tom. XLIX. 1996. 371–383. p.
34. Gazdasági válság a császárkori Római Birodalomban. (Nagy Lajos Emlékkönyv) Acta Oeconomica Szeged, Tom. I. 1996. 223–229. p
35. A jogellenesség és vétkenesség kérdése a római jogban. (Tanulmányok Benedek Ferenc tiszteletére) Studia Iuridica Auctoritate Univ. Pécs Publicata 123, Pécs 1996. 209–221. p.
36. Grundprinzipien des römischen Strafrechts. A bonis bona discere. (Festgabe für János Zlinszky) Miskolc, 1998. 189–208. p.
37. Tanúvallomások (kínvallatás) értékelése a bűnösség megállapításánál az ókori római büntetőjogban. (Szabó András Emlékkönyv) Acta Jur. et Pol. Szeged, Tom LIII. 1998. 243–250. p
38. Pólay Elemér (1915–1988). Magyar Jogtudósok I. Budapest, 1999. 183–191. p.
39. Tényálladék az ókori Róma büntetőjogában. (Veres József Emlékkönyv) Acta Jur. et Pol. Szeged, Tom. LV. 1999. 201–207. p.
40. A római jog professzorai a szegedi egyetemen. Acta Jur. et Pol. Szeged, Tom. LVII. 1999. 1–16. p.
41. A császárkori Róma büntetési rendszere. (Bérczi Imre Emlékkönyv) Acta Jur. et Pol. Szeged, Tom. LVIII: 2000. 365–383. p.
42. Das adulterium als ein das Ansehen der römischen Familie verletzendes Verbrechen. (Festschrift für Andreas Wacke zum 65. Geburtstag) München, 2001. 345–364. p.

43. A házasságtörés, mint a római család alapját, tekintélyét sértő bűncselekmény. (Festschrift für Ferenc Benedek zum 75. Geburtstag) *Iura Antiqua – Iura Moderna*. Pécs, 2001. 187–206. p.
44. Beruf und Arbeit im Römischen Recht. Facetten des Wandels, Mannheim, 2001. 54–62. p.
45. Recenzio, Roberto Fiori, La definizione della 'Locatio conductio'. *Giurisprudenza Romana e tradizione romanistica*. SZ, 2002. 611–614. p.
46. Egyes büntetőjogi törvényi tényállások az ókori Rómában és hatályos jogunkban. (In memoriam Nagy Károly) *Acta Jur. et Pol.* Szeged, Tom. LXI. 2002. 297–305. p.
47. Munkajogi szabályok a birodalmi jog és a szerződési praxis alapján az ókori Rómában. (Tanulmányok Dr. Nagy László születésének 90. évfordulójára) *Acta Jur. et Pol.* Szeged, Tom. LXIV. 2004. 301–321. p.
48. Ausgewählte gesetzliche Straftatbestände im antiken Rom und in unserem geltendem Recht. (Litewski emlékkönyv) *Roman Law as Formative of Modern Legal Systems*. Krakkó, 2004. 15–24. p.
49. Jogi Lexikon. [Következő címszavai:] Bona, Bona fides, Bonitár tulajdon, Bonorum possessio, Bonorum venditio, Brevi manu traditio, Capitis deminutio, Caput, Casus, Causa, Cautio, Censor, Cessio, Civis, Civitas, Clausula, Codex, Collatio, Collegium, Corpus, Commodatum, Compensatio, Compromissum, Concubinatus, Condemnatio, Conditio, Conductio(nes) sine causa, Confusio, Consolidatio, Constitutum, Consul, Contractus, Contrarius actus, Corpus Iuris Civilis, Correalitas, Crimen, Culpa, Culpa in contrahendo, Cura, Custodia, Universitas. Budapest, 1999. 89–120. p.

TARTALOM

Előszó (Szabó Imre)	5
---------------------------	---

I. rész

TANULMÁNYOK A RÓMAI JOG ÉS AZ ÓKORTÖRTÉNET KÖRÉBŐL

<i>Babják Ildikó</i> : A büntető igazságszolgáltatás sajátosságai a germán népek korai szokásjogában	11
Straf- und Strafprozeßrecht im frühgermanischen Gewohnheitsrecht (Zusammenfassung)	19
<i>Bajánházy István</i> : A crimenek Titus Livius művében	21
Öffentliche Straftaten (crimina) in den Werken von Titus Livius (Zusammenfassung)	36
<i>Nadja el Beheiri</i> : A censor tevékenységének büntetőjogi jellege	39
Der strafrechtliche Charakter der Tätigkeit des Zensor (Zusammenfassung)	43
<i>Benedek Ferenc</i> : A felbújtó és a bünsegéd a római büntetőjog forrásaiban	45
Der Anstifter und der Beihelfer in den Quellen des römischen Strafrechts (Zusammenfassung)	60
<i>Benke József</i> : Emptio spei	63
Emptio spei (Zusammenfassung)	84
<i>Andreas Bessenyo</i> : Kauf unbestimmter Mengen von Fungibilien oder Sachgesamtheiten (Kritische Bemerkungen zur romanistischen Lehre vom Kauf zukünftiger Dinge.)	87
Helyettesíthető dolgok, illetve dologösszességek határozatlan tömegének vétele (Kritikai megjegyzések a jövőbeli dolgok vételéhez) (Összefoglalás)	110
<i>Riccardo Cardilli</i> : Alcune osservazioni su <i>leges epiclassiche e interpretatio</i> : margine di <i>Imppp. Diocl. et Maxim. C. 4, 44, 2 e C. 4, 44, 8</i>	115
Megjegyzések a posztklasszikus <i>leges</i> és <i>interpretatio</i> viszonyához: <i>Imppp. Diocl. et Maxim. C 4,44,2</i> és <i>C 4,44,8</i> margójára (Összefoglalás)	144
<i>Roberto Fiori</i> : Le formule dell'actio iniuriarum	147
Az actio iniuriarum formulái (Összefoglalás)	156
<i>András Földi</i> : Zur Frage der Passivlegitimation zur actio de posito vel suspenso	157
Megjegyzések az actio de posito vel suspenso passzív legitimációjáról (Összefoglalás)	169

<i>Gedeon Magdolna: A gladiátorviadatok büntetőjogi szabályai az antik Rómában</i>	171
Die strafrechtlichen Beziehungen der Gladiatorenspiele im antiken Rom (Zusammenfassung)	181
<i>Hamza Gábor: Bizánci és nyugat-európai jogi hagyományok a román magánjog fejlődésében</i>	183
Traditions juridiques byzantines et traditions juridiques de l'Europe occidentale dans le développement du droit privé roumain (Résumé) .	202
<i>Jakab Éva: Periculum és degustatio (Kockázattelepítés a klasszikus római jogban)</i>	205
Periculum und degustatio (Risikozuweisung im klassischen römischen Recht) (Zusammenfassung)	225
<i>Hans-Georg Knothe: Zur Frage einer Schollenbindung der in Marcianus D. 30, 112 pr. genannten inquilini</i>	227
Az inquilini röghöz kötésének kérdéséhez Marcianus D. 30,112 pr. alapján (Összefoglalás)	258
<i>Maróti Egon: Rationem putare – Rationem reddere</i>	261
Rationem putare – Rationem reddere (Zusammenfassung)	266
<i>Orosz P. Gábor: Analóg esetek a jogos védelem köréből a Digestában és a magyar Legfelsőbb Bíróság ítélezési gyakorlatában</i>	267
Analogous Cases of Lawful Self Defense in the Digest and in the Jurisdiction of the Hungarian Supreme Court (Summary)	273
<i>Péter Orsolya Márta: Scortum, lupa, meretrix (A prostitúció a klasszikus római jog forrásaiban)</i>	275
Scortum, lupa, meretrix (Prostitution in Classical Roman Law)	291
<i>Pókecz Kovács Attila: Ingyenes és visszterhes letét a római klasszikus jogban (Észrevételek a D. 47. 8. 2. 23 értelmezéséhez)</i>	293
Unentgeltliche und engeltliche Verwahrung im klassischen römischen Recht (Bemerkungen zur Auslegung von D. 47. 8. 2. 23) (Zusammenfassung)	306
<i>Sáry Pál: A bányamunkára ítéles szabályai a császárkori Rómában</i>	309
The rules of condemnation to the mines in imperial Rome (Summary)	331
<i>P. Szabó Béla: Lackner Kristóf első nyomtatott jogi munkája</i>	333
Die erste gedruckte juristische Arbeit von Kristof Lackner (Zusammenfassung)	366
<i>Gerhard Thür: Athén bírósági szervezete a Kr. e. 4. században</i>	369
Das Gerichtswesen Athens im 4. Jahrhundert v.Chr. (Zusammenfassung)	388
<i>Varga Péter A római katonákra vonatkozó telekszerzési, egyesülési és házassági tilalmak a császárkori jogforrásokban</i>	391
Erwerbverbot für Agrargrundstücke, Vereinverbot und Eheverbot der römischen Soldaten in Rechtsquellen der Kaiserzeit (Zusammenfassung)	399

Zoltán Végh: Cui dens abest... (Bemerkungen zu einem zahnlosen Argument)	401
Cui dens abest ... (Megjegyzések egy fogatlan érvhez)	
(Összefoglalás)	412
Andreas Wacke: Die Zwecke von Buße und Kriminalstrafe nach römischen Rechtsquellen	413
A bírság és a büntetés célja a római jog forrásai szerint	
(Összefoglalás)	471
Zlinszky János: Pólay Elemér és a római jog történetének rejtélyei	473
Elemér Pólay und die Rätsel der Geschichte des römischen Rechts	
(Zusammenfassung)	478

II. rész

TANULMÁNYOK A JOGTÖRTÉNET, A JOGELMÉLET ÉS A TÉTELES JOG KÖRÉBŐL

Balogh Elemér: Régi-új jogelvek a reformkori magyar büntetőjogban	481
Alte-neue Rechtsprinzipien des ungarischen Strafrechts im Vormärz	
(Zusammenfassung)	488
Besenyi Lajos: Az öröklési jogunk vitatható kérdései	491
Aktuelle Fragen des Erbschaftsrechtes in Ungarn	
(Zusammenfassung)	506
Blazovich László: Az Andreanum és az erdélyi szászok az etnikai autonómiák rendszerében a középkori Magyarországon	509
Andreanum – the letter of privilege of Transylvanian Saxons living in the system of ethnic autonomies in medieval Hungary (Summary) .	526
László Blutman: Preliminary references: challenges and legal conditions in Hungarian domestic law	527
Előzetes döntéshozatal: kihívások és jogi feltételek a magyar belső jogban (Összefoglalás)	541
Bobvos Pál: Néhány megjegyzés a hegyközségek köztisztviselői jellegéről .	543
Einige Bemerkungen über den Charakter der Weingemeinden, als öffentliche Körperschaften (Zusammenfassung)	558
Cséka Ervin: Új szabályozási elvek, intézmények büntetőeljárás jogunkban	561
Institutions nouvelles et principes de réglementation nouveaux dans la Procédure Pénale de Hongrie (Résumé)	572
Fábián György: A brit választási rendszer és az európai parlamenti választások	573
The British European Parliamentary Elections (Summary)	589
József Hajdú: The individualisation of social security rights in Hungary	591
A szociális biztonsághoz fűződő jogok individualizációja	
Magyarországon (Összefoglalás)	615